

Publicações da Escola da AGU

Curso de Pós-Graduação em Processo Civil volume 1

n. 31 novembro 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 31	p. 1-328	novembro 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	---------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Fábio Victor da Fonte Monnerat
Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça

CONSELHO EDITORIAL

Fábio Victor da Fonte Monnerat	Mirna Cianci
Patricia Ulson Pizarro Werner	Rita Quartieri

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Curso de Pós-Graduação em Processo Civil - volume 1- SP -
Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 31, v.1 (nov. 2013).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14
periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Prefácio	5
Impugnações Autônomas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública <i>Autonomous challenges in the Small Claims Courts of Exchequer</i> <i>Alessandro Rodrigues Junqueira</i>	11
A Experiência da Administração Pública Brasileira na Arbitragem <i>The experience of the Brazilian Public Administration in arbitration</i> <i>André Rodrigues Junqueira</i>	39
Precedentes Judiciais: procedimento de julgamento de recursos repetitivos no STJ <i>Binding Precedents: Superior Court Proceedings</i> <i>Carla Maria de Medeiros Pirá</i>	67
Advocacia de Estado e a Litigância de Má-Fé <i>State Attorney and bad faith litigation</i> <i>Danilo Barth Pires</i>	91
Problemática na Execução contra a Fazenda na Esfera dos Juizados Especiais no âmbito dos Estados <i>Problematic in judicial execution against public finance in the sphere of Special Courts.</i> <i>Eduardo Fronzaglia Ferreira</i>	131
As Decisões Monocráticas nos Tribunais <i>The courts monocratic decisions</i> <i>Elaine Guadanucci Llaguno</i>	155
O Prequestionamento como Condição de Acesso aos Tribunais Superiores <i>The Rise of The Legal Question: “Pquestionamento” as a Condition to the Access to the Jurisdiction of the Brazilian Upper Courts</i> <i>Emílio Carlos Brasil Diaz</i>	183

Recursos Especiais Repetitivos: análise crítica <i>Repetitive Special Appeals: critical analysis</i> <i>Fernanda Mattar Furtado Suriani</i>	217
---	-----

Súmula Impeditiva de Recurso <i>Appeal-barring summul</i> <i>Fernando Dutra Costa</i>	261
---	-----

O Impacto dos Precedentes dos Stf Sobre a Autoridade da Coisa Julgada Relativa às Relações Jurídicas Tributárias Continuadas: análise dos parecer PGFN/CRJ n° 492/2011 <i>The impact of the previous Federal Court of Justice on the authority of res judicata in continuous tax relations: analysis of the legal opinion PGFN/CRJ n.º 492/2011</i> <i>Flávia Oliva Zamboni</i>	299
---	-----

PREFÁCIO

O Curso de pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil foi um marco histórico relevante que demonstrou a importância da parceria institucional no âmbito acadêmico entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). A experiência promoveu o compartilhamento da vivência empírica, com a identificação de pontos de identidade e aspectos disparem procedimentais, que puderam ser em conjunto analisados, discutidos e aperfeiçoados de forma científica. O aprendizado comum é essencial entre Instituições congêneres, a PGE –SP, com sua grande e tradicional experiência e, a AGU, potência inovadora, uma combinação de características poderosas para o desenvolvimento científico na área do Direito Público e da Advocacia Pública.

A iniciativa tem fundamento no artigo 39, inciso § 2.º, que prevê a convênio entre as Escolas de Governo¹, o qual foi firmado com o fim de realizar o Curso de Pós-Graduação lato sensu, Especialização em Direito Processual Civil, no formato aprovado pelo Conselho Estadual de Educação do Estado de São Paulo e pelo Conselho Curador da ESPGE².

O Curso acompanhou todos os passos e discussões da produção do projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, o quadro comparativo visou justamente preparar o aluno para ter a noção histórica e crítica do desenvolvimento de cada instituto processual, de modo que, com a entrada da nova legislação em vigor, esteja preparado para compreender e aplicar pontualmente as alterações.

O sucesso da iniciativa coube ao apoio integral dos dirigentes das Instituições, que firmaram o Convênio em julho de 2011, com

1 Alterado pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, a qual dispõe que a União, Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, a celebração de convênio ou contratos entre os entes federados.

2 O Projeto Pedagógico do Curso de Pós-Graduação, Especialização em Direito Processual Civil, Turma de 2011/2012 foi aprovado pelo Conselho Estadual de Educação (CEE), nos termos do Parecer CEE n.º 399/2005, quando do credenciamento da Escola e Portaria CEE GP n.º 393/2005 de 29/11/2005, publicada no DOE de 30/11/2005, Seção I, página 20 e cumprindo, também, todos os termos da Resolução CNE/CES n.º 1, de 3 de abril de 2001, com as modificações introduzidas pela Resolução CNE/CES n.º 1, de 8 de junho de 2007 e da Deliberação CEE n.º 9/98, alterada pela Deliberação CEE n.º 34/2003. A Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (ESPE) encontra-se recredenciada perante o CEE através do Parecer n.º 125/2011, da Câmara de Educação Superior, Processo CEE n.º 223/2009, publicado no DOE de 14/04/2011, Seção I, página 37, bem como sua homologação pela Secretaria de Estado da Educação, publicada no DOE de 12/05/2011, Seção I, página 17.

agradecimento especial ao Ministro Luís Inácio Lucena Adams e ao Procurador Geral do Estado de São Paulo, Dr. Elival da Silva Ramos.

Especial homenagem deve ser feita ao empenho extraordinário da Dra. Juliana Sashione Mayrink Neiva, Diretora da Escola da AGU e da Dra. Marily Diniz do Amaral Chaves, Vice-Diretora da ESPGE.

O triunfo do curso é fruto do trabalho acurado e da capacidade técnica impecável das Coordenadoras Acadêmicas da área Processual Civil, a Dra. Mirna Cianci e Dra. Rita de Cássia Conte Quartieri, com *know-how* único de reunir o Corpo Docente mais talentoso e qualificado da área.

Indispensável foi a atuação exemplar da equipe de monitores, os Doutores Levi de Mello, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Thais Teizen, Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval, Regina Maria Rodrigues da Silva Jacovaz e Marialice Dias Gonçalves.

A disciplina metodologia foi conduzida de forma habilidosa e contemporânea pelas Professoras Dra. Clarice Von Oertezen de Araújo e Dra. Márcia Walquiria Batista dos Santos.

O Dr. Gabriel Veiga Catellani surpreendeu, inovou, cativou, transformou a Disciplina Didática em um ponto referencial do Curso.

A Equipe de Filosofia, Coordenada pelo Dr. João Carlos Pietropaolo, em conjunto com os Dr. Haroldo Pereira e Dr. Romualdo Baptista Santos construiu um programa estimulante que direcionou os alunos a analisar temas jurídicos segundo novos arquétipos.

Nossos funcionários dedicaram-se para o sucesso de cada detalhe das aulas, cabendo nossa gratidão a todos, pela ESPGE, Daniel Martins Silva, Deise Aparecida Santiago, Paulo Severo dos Santos, Rosana Santoro Heriques, Thiago Blumer Marangone e Rodrigo Tadeu da Silva, e pela Escola da AGU em São Paulo, Damaris Rodrigues Zago Carreira.

O Corpo Docente foi formado composto pelos melhores especialistas em cada tema, num trabalho incansável da Coordenação para compatibilizar a agenda com as aulas dos melhores profissionais.

Há de se reconhecer, por fim, que o grande diferencial foi o Corpo Docente, excepcional e muito qualificado, formado por membros das duas Instituições. Ao final, os quarenta e quatro formados avaliaram o Curso com excelente e recomendaram a continuidade da parceria AGU-PGE/SP.

O Curso foi essencial para a reflexão, o aprimoramento e a integração das Carreiras, produziu material primoroso e útil para o desenvolvimento do Direito Processual Civil, sendo esta publicação a prova do sucesso desta parceria.

Patricia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado
Diretora da ESPGE

Fábio Victor da Fonte Monnerat
Procurador Federal
Diretor da Escola da AGU/SP e Co-coordenador do Curso de
Especialização em Direito Processual Civil

HOMENAGEM AO CORPO DOCENTE

DPC - TURMA 2011/2012

Ada Pellegrini Grinover	Jorge Tosta
Alberto Camiña Moreira	José R. N. Chiappin
Ana Carolina Corrêa da Costa Leister	José Roberto de Moraes
Ana Lúcia Freire Pires de Oliveira Dias	José Roberto dos Santos Bedaque
Anselmo Prieto Alvarez	Juliana Furtado Costa Araújo
Antonio Carlos Marcatto	Leonardo José Carneiro da Cunha
Antonio Cláudio da Costa Machado	Luciane Moessa de Souza
Antonio de Pádua Notariano Júnior	Luiz Eduardo Ribeiro Mourão
Araken de Assis	Luiz Henrique Volpe Camargo
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes	Luiz Sergio de Souza Rizzi
Carlos Alberto de Salles	Marcelo Abelha Rodrigues
Cassio Scarpinella Bueno	Marcelo José Magalhães Bonicio
Clarice Von Oertzen de Araujo	Marcos Destefenni
Daniel Amorim Assumpção Neves	Marilyn Diniz do Amaral Chaves
David Diniz Dantas	Mirna Cianci
Edélcio Gonçalves de Souza	Nelson Nery Junior
Elival da Silva Ramos	Olavo José Justo Pezzotti
Fábio Victor da Fonte Monnerat	Patrícia Ulson Pizarro Werner
Fernanda Tartuce Silva	Paulo Cesar Conrado
Fernão Borba Franco	Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa
Flávio Luiz Yarshell	Ricardo de Barros Leonel
Gabriel Veiga Catellani	Rodrigo da Cunha Lima Freire
Gilberto Gomes Bruschi	Rodrigo Otávio Barioni
Gilson Delgado Miranda	Ronaldo Eduardo Cramer Veiga
Glauco Gumerato Ramos	Sandro Gilbert Martins
Helena Najjar Abdo	Sergio Seiji Shimura
Hugo Nigro Mazzili	Sidnei Amendoeira Junior
João Carlos Pietropaolo	Susana Henriques da Costa
	William Santos Ferreira

HOMENAGEM AO CORPO DISCENTE

DPC – TURMA 2011/2012

Adriana Aghinoni Fantin	Lucia Pereira Valente Lombardi
Alessandro Rodrigues Junqueira	Luciana Martins Seggiaro Nazareth
Alexandre Azevedo	Luiz Carlos de Freitas
André Rodrigues Junqueira	Maíra Gabriela Avelar Vieira
Bruno Bianco Leal	Maria Carolina de Medeiros Redi
Carla Maria de Medeiros Pirá	Maria Cecilia Claro Silva
Cristiana Mundim Melo	Maria do Socorro Barrense
Danilo Barth Pires	Fernandes
Denise Maria Sartoran Dias Grecco	Maria Macarena Guerado de Daniele
Eduardo Fronzaglia Ferreira	Mariana Rosada Pantano
Elaine Guadanucci Llaguno	Marister Nunes Vailatti
Elisa Vieira Lopez	Morgana Lopes Cardoso Falabella
Emilio Carlos Brasil Diaz	Priscila Fialho Tsutsui
Fábia Mara Felipe Belezi	Priscilla Souza e Silva Menário
Fernanda Mattar Furtado Suriani	Scofano
Fernando Dutra Costa	Rebecca Corrêa Porto de Freitas
Flávia Oliva Zamboni	Reinaldo Aparecido Chelli
Gabriela Lucia Cetrulo Rangel Ribeiro	Ricardo Cardoso da Silva
Janine Gomes Berger de Oliveira	Roberta Perdigão Mestre
Macatrão	Roberto Rodrigues Pandeló
Jean Carlos Pinto	Rodrigo de Barros Godoy
Kathia Soares Bezerra	Rodrigo Fernando Machado Chaves
Kelly Paulino Venâncio	Vera Maria Leite Renna
Leonardo Castro de Sá Vintena	



IMPUGNAÇÕES AUTÔNOMAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA AUTONOMOUS CHALLENGES IN THE SMALL CLAIMS COURTS OF EXCHEQUER

AUTONOMOUS CHALLENGES IN THE SMALL CLAIMS COURTS OF EXCHEQUER

Alessandro Rodrigues Junqueira

Procurador do Estado de São Paulo

Especialista em Direito Processual Civil pela ESPGE

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ampliação do acesso à justiça e os Juizados Especiais no Brasil; 2 Os Juizados Especiais da Fazenda Pública e os princípios que regem a Administração Pública; 3 Considerações gerais sobre as Impugnações Autônomas; 4 Ação Rescisória; 5 *Querela nullitatis*; 6 Embargos de terceiro; 7 Reclamação constitucional; 8 Mandado de segurança; 9 Suspensão de segurança; 10 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar a criação e o desenvolvimento dos Juizados Especiais, como consequência do movimento de ampliação do acesso à Justiça, com foco nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, e a partir dos influxos que os princípios da Administração Pública exercem no Microssistema dos Juizados Especiais, notadamente os da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Nesse contexto, o propósito específico deste trabalho é analisar o cabimento de determinadas impugnações autônomas de decisões judiciais proferidas no âmbito específico dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Demonstrar-se-á que, a despeito da jurisprudência restritiva a respeito do tema, algumas impugnações autônomas podem – e devem – ser admitidas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Fazenda Pública. Juizado Especial. Impugnação Autônoma.

ABSTRACT: The study aims to analyze the creation and development of Special Courts as a result of the movement to increase access to justice, focusing on the Small Claims Courts of Exchequer, and from inflows that principles of Public Administration engaged in microsystem of Special Courts, notably the supremacy and unavailability of public interest. In this context, the specific purpose of this study is to analyze the appropriateness of certain autonomous appeals against judgments given in the specific context of the Special Courts of Exchequer. That, despite the restrictive case law on the subject, some autonomous challenges can and must be permitted in the Small Claims Courts of Exchequer

KEYWORDS: Access To Justice. Exchequer. Small Claims Courts. Autonomous Challenge.

INTRODUÇÃO

A idealização e a criação de órgãos jurisdicionais vocacionados para o conhecimento, processamento e julgamento de “pequenas causas” guarda íntima relação com a denominada terceira onda renovatória do processo civil moderno, consistente na ampliação do acesso à justiça, mediante mecanismos de simplificação e aceleração da marcha processual, através da redução do custo do processo, tornando-o acessível à população menos favorecida da sociedade, agrupada no que Kazuo Watanabe denominou de “litigiosidade contida”.

Essa onda renovatória do processo civil moderno é um relevante marco teórico, que influenciou decisivamente uma série de alterações legislativas nos países do ocidente, concernente ao sistema jurídico, notadamente em relação à ampliação do acesso à justiça.

Sob o influxo desse contexto histórico, político e social, foi editada no Brasil a Lei n. 7.244/84, Lei do Juizado de Pequenas Causas, orientada pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, legislação posteriormente substituída pela Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Esses dois diplomas legais excluíram expressamente, da competência dos Juizados Especiais, o processamento e julgamento das causas envolvendo interesses fazendários, circunstância que perdurou até o ano de 2001, quando foi editada a Lei n. 10.259/01, que instituiu o Juizados Especial Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal. Após oito anos da publicação dessa lei, foi editada a Lei n. 12.153/09, a qual criou o Juizado Especial da Fazenda Pública, transportando, para a Justiça Estadual, as regras e procedimentos previstos na Lei dos Juizados Especiais Federais, atribuindo-lhe competência para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, na forma e nos limites ali estabelecidos.

Assim é que, com a instituição e criação desses órgãos, especialmente vocacionadas para apreciar demandas envolvendo o poder público no polo passivo, necessário se faz analisar até que ponto, e em que medida, devem a eles ser transportadas as regras e procedimentos previstos na Lei n. 9.099/95, abordagem que deve ser realizada sem desmerecer os princípios publicísticos da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, vetores hermenêuticos indispensáveis quando se trata de interesse público, pertencente a toda a coletividade.

Partindo dessas premissas, serão analisados alguns meios de impugnação autônoma de decisão judicial, previstos no ordenamento jurídico e admitidos pela jurisprudência, buscando-se, com isso, a melhor

exegese para a imprescindível conciliação do interesse na rápida entrega da prestação jurisdicional com a preservação da *res pública*.

1 A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E OS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL

No início da década de 70, destacou-se no cenário jurídico internacional um movimento de ampliação do acesso à justiça, percebido e descrito com bastante lucidez por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, após estudo analítico do sistema jurídico de inúmeros países do ocidente (Projeto de Florença). Esses juristas propuseram um movimento, amplamente difundido em diversos países, denominado ondas renovatórias do processo civil moderno. Foi um relevante marco teórico, o qual influenciou decisivamente uma série de alterações legislativas nos países do ocidente, concernentes ao sistema jurídico processual, notadamente em relação à ampliação do acesso à justiça.

Para bem compreender essa revolução no sistema jurídico, necessário se faz contextualizá-la histórica e socialmente. Ensinam Cappelletti e Garth:

Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civil refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser ‘um direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.¹

Posteriormente, já durante o Estado Social (início do século XX), e diante do crescimento vertiginoso da sociedade moderna e do aumento da complexidade e diversidade das relações humanas, multiplicaram-se os conflitos entre os particulares e entre esses e os diversos seguimentos da sociedade.

1 CAPPELLETTI e GARTH, op. cit., p. 4

Entretanto, o Poder Judiciário não conseguiu dar resposta efetiva – e principalmente célere, a esses novos conflitos de interesses.

Ao lado dessa demanda crescente pelos serviços judiciários, viu-se crescer, na mesma proporção, um enorme contingente de excluídos desse serviço público. Notou-se, assim, a existência da chamada “litigiosidade contida”², consubstanciada na existência de uma parcela da população sem acesso ao Poder Judiciário e, em última análise, sem possibilidade de se valer do Estado – detentor do monopólio da Jurisdição – para resolver os seus conflitos de interesses, criando assim um enorme passivo de excluídos.

Esta litigiosidade reprimida foi mais sentida em relação à tutela de interesses de pequena monta, com a “marginalização do pequeno litigante”, e tem como causa não apenas a omissão do Estado na ampliação e melhor aparelhamento dos serviços judiciários, mas também decorre da complexidade das normas procedimentais, do chamado “custo do processo”, desde as elevadas despesas e custas processuais, passando pelos encargos com advogados, circunstâncias que desestimulavam e praticamente inviabilizavam o acesso ao Poder Judiciário pelas camadas mais humildes da população.

Foi nesse contexto histórico, político e social que veio ao cenário jurídico nacional a Lei 7.244/84, instituindo o Juizado Especial de Pequenas Causas no âmbito estadual, competente para o processamento e julgamento de causas de reduzido valor econômico³, e orientada pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁴, diploma legal substituído pela Lei n. 9.099/95, a qual dispõe

2 O ilustre professor Kazuo Watanabe, ao analisar como são tratados os conflitos de interesses na sociedade em que vivemos, cunhou esse tão propalado termo. Eis o que diz o insigne jurista: “o normal é que sejam[os conflitos de interesses] solucionados sem a necessidade de intervenção do Judiciário, ou que ocorra por negociação direta das partes interessadas ou por intermediação de terceiros (parentes, amigos, líderes de comunidade, autoridades eclesiais, advogados). Isso acontece diariamente, aos milhares, e todos nós temos conhecimento de vários conflitos, especialmente os que ocorrem em nosso círculo de relacionamento. Todavia, nas comunidades mais populosas, principalmente nas megalópoles, o tipo de relacionamento que se estabelece entre as pessoas, mesmo entre vizinhos, é muito formal, impessoal e frio, e em razão disso esses mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos de interesses tornam-se cada vez mais raros e menos eficazes. Aumentam-se, assim os conflitos não solucionados através desses mecanismos pacíficos e normais. Esses conflitos podem ser distribuídos, a grosso modo, em dois grupos: 1) os conflitos que são canalizados para o Judiciário para a solução estatal e autoritativa; 2) os conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar de ‘litigiosidade contida’, fenômeno extremamente perigoso para a estabilidade social. (WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: _____(org.) *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p.1).

3 Artigo 3º da Lei 7.444/84.

4 Princípios expressamente previstos no artigo 2º da Lei n. 7.244/84.

sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a mesma aspiração da lei revogada (simplificação procedimental, informalidade na atuação, menor onerosidade do processo e aceleração na entrega da prestação jurisdicional).

Esses dois diplomas legais excluíram expressamente, da competência dos Juizados Especiais, as causas envolvendo interesses da Fazenda Pública, situação alterada com a edição da Lei n. 10.259/01, que criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, e com a Lei n. 12.153/09, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública, no âmbito dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, ambas criados exclusivamente para compor litígios envolvendo as Fazendas Públicas, na condição de integrantes pólo passivo da demanda.

É importante, diante dessa realidade normativa (e principalmente do resultado por ela produzido), registrar a acertada advertência feita por Câmara, para quem:

A criação dos Juizados Especiais Cíveis, porém, se por um lado diminuiu a litigiosidade contida, por outro lado contribuiu para uma litigiosidade exacerbada. Hoje, muitas causas que normalmente não seriam levadas ao Judiciário por serem verdadeiras bagatelas jurídicas acabam por ser deduzidas em juízo através dos Juizados Especiais Cíveis. Isso se dá, principalmente, em razão da total gratuidade do processo em primeiro grau de jurisdição, o que faz com que muitas pessoas se aventurem a demandar mesmo não tendo razão, sabendo que nada perdem.⁵

Feito esse pequena escorço histórico e legislativo, voltemos à atenção para aos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Federal e Estadual), a partir da análise dos princípios publicísticos que orientam a Administração Pública, com foco específico no cabimento das impugnações autônomas no âmbito dessa justiça especializada, objeto do presente trabalho.

2 OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É sabido que os princípios informativos do Juizado Especial Cível são aplicáveis no âmbito específico do Juizados Especial da Fazenda Pública (Federal e Estadual)

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais Federais e da Fazenda Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 5.

Destarte, a incidência direta e imediata desses princípios e das correlatas regras processuais e procedimentais previstas na Lei n. 9.099/95 devem ser importadas *cum grano salis* para os Juizados Especiais da Fazenda Pública, os quais tratam exclusivamente de conflitos de interesses envolvendo as Fazendas Públicas, devendo, em razão disso, serem cotejados com os princípios publicísticos que orientam toda a atuação da Administração Pública, regras cujo influxo no processo civil apresenta-se como realidade imprescindível e inafastável.

Com efeito, a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade são vetores hermenêuticos indispensáveis quando se trata de interesse público, pertencente a toda a coletividade, razão pela qual não podem ser dispensados ao argumento de se tratar de justiça criada para o processamento e julgamento de causas de menor complexidade ou de pequeno valor. Afinal de contas, além do interesse na rápida solução desses litígios, essas contendas envolvem necessariamente o interesse público, por natureza indisponível.

Nesse contexto, e partindo-se da premissa de que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública são instrumentos indispensáveis para a concretização dos princípios da isonomia, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, é que, tanto em relação aos Juizados Especiais Federais, como em relação aos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, não se deve perder de vista a peculiaridade de uma das partes envolvidas no litígio ser a Fazenda Pública.

Vale dizer: aos Juizados Especiais (Federal e Fazenda Pública) competem dirimir litígios envolvendo entes públicos, de tal modo que todas as decisões ali proferidas, em menor ou maior grau, dizem respeito diretamente a interesses ou bens públicos, indisponível e de natureza coletiva.

Consigne-se, ademais, que o fato de uma determinada demanda envolvendo a Fazenda Pública tramitar nos Juizados Especiais, ao invés da Justiça comum ordinária, não equipara em direitos e obrigações as partes envolvidas (particulares e poder público), posto que são essencialmente desiguais. Portanto, mister redobrada cautela e reflexão do operador do direito na aplicação irrestrita de normas previstas na Lei n. 9.099/95, incompatíveis com os princípios publicísticos que gravitam em torno das lides envolvendo a Fazenda Pública.

Revela notar, ainda, que a Lei n. 9.099/95⁶ impede, em caráter absoluto, a Fazenda Pública de ser parte nos Juizados Especiais Cíveis,

6 Artigo 3º, § 2º “Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial”

o que demonstra de maneira muito clara que as normas erigidas por esse diploma legal jamais consideraram a participação das entidades de direito público no processo, razão pela qual a aplicação incondicionada das regras ali estabelecidas aos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública não se apresenta como a melhor escolha exegética, devendo ser avaliada *cum grano salis* as prescrições contidas nos artigos 27 da Lei n. 12.153/09 e 1º da Lei n. 10.259/01. Oportunas a esse respeito as palavras de SILVA:

Não há como, processualmente, tratarmos igualmente a Fazenda Pública e os particulares, mesmo considerando a simplificação dos ritos processuais em favor de um justiça mais célere e eficaz, mas que deve ser, evidentemente, segura, evitando a possibilidade de esbulhos contra a coisa pública.⁷

Evidentemente não se ignora que, assim como os Juizados Especiais Federais, os Juizados Especiais da Fazenda Pública pautam-se pelos princípios insculpidos no artigo 2º da Lei n. 9.099/99, gênese e vetor do microssistema dos Juizados.

Por outro lado, também não se pode perder de vista que nos Juizados Especiais Federais e nos da Fazenda Pública, criados especificamente para causas envolvendo o poder público, o que se está em “jogo” é o interesse público indisponível, de modo que não se deve ignorar os princípios que envolvem a Administração Pública, devendo ser, na medida do possível, e com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, compatibilizadas as normas que regem os Juizados Especiais Cíveis com as regras de direito público aplicáveis à Fazenda Pública. Ou seja, essa forma de resolução dos litígios e entrega da prestação jurisdicional mais rápida e efetiva deve estar em consonância e harmonia, nas lides envolvendo o Poder Público, com os princípios publicísticos inerentes à Administração Pública, sob pena de comprometimento de todo o sistema.

Nessa linha de raciocínio, o sistema de impugnações de decisões judiciais, inclusive as impugnações autônomas, também deve estar afinado com essa ideia.

Assim, analisaremos, no tópico seguinte, algumas espécies de impugnações autônomas previstas no ordenamento jurídico e aceitas pela jurisprudência, a partir, não só dos princípios orientadores do sistema dos juizados, mas também das premissas aqui estabelecidas, já

7 SILVA, Marcos Luis da. Da execução nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coordenadores). *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Uma visão sistemática da Lei 12153/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 299.

que o enfoque e objeto de estudo deste trabalho são os Juizados Especiais que envolvem a Fazenda Pública em juízo.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS IMPUGNAÇÕES AUTÔNOMAS

A doutrina costuma denominar de “remédios” processuais os mecanismos e instrumentos utilizados pelas partes, e eventualmente terceiros, para se insurgir contra decisões proferidas no processo judicial. O ordenamento jurídico pátrio admite duas vias processuais (ou “remédios”) para a obtenção desse desiderato, a saber: (i) recursos e (ii) ações autônomas de impugnação, ou simplesmente impugnações autônomas. O presente artigo destina-se exclusivamente ao estudo das impugnações autônomas.

Denomina-se ação autônoma de impugnação todo processo instaurado com a finalidade de desconstituir e, eventualmente, viabilizar novo pronunciamento judicial acerca de matéria decidida em outro processo. Em outras palavras, as ações autônomas dão ensejo à formação de uma nova relação jurídica processual, dirigidas contra decisões proferidas em processos findos ou não.

Feito esse pequeno esclarecimento, analisaremos as seguintes impugnações autônomas: ação rescisória, *querela nullitatis*, embargos de terceiros, reclamação constitucional, mandado de segurança e suspensão de segurança.

4 AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é uma demanda que tem o propósito de desconstituir sentença (ou acórdão) proferido com resolução de mérito, transitada em julgado.

É um instituto jurídico processual que tem nítida natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, já que provoca a instauração de uma nova relação jurídica processual. Está previsto no artigo 485 do Código de Processo Civil, dispositivo legal que elenca as diversas hipóteses de cabimento da ação rescisória, envolvendo, em geral, grave ilegalidade cometida no processo ou na decisão combatida.

Dito isso, cumpre verificar como a ação rescisória é tratada no microssistema dos Juizados Especiais.

A pretexto de agilizar a resolução do conflito (celeridade), a proibição do ajuizamento de ação rescisória no âmbito dos juizados foi a tônica do legislador ordinário, ao menos no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Com efeito, o artigo 54 da revogada Lei n. 7.244/84 já proibia o manejo da rescisória no antigo Juizado Especial de Pequenas Causas. Posteriormente, o artigo 59 da Lei n. 9.099/99 também vedou expressamente o cabimento de ação rescisória nos Juizados Especiais Cíveis. Nota-se que essas normas têm nítida inspiração restritiva de direitos, justificada pelo objetivo central dos juizados que sempre foi o de simplificar o procedimento, almejando, assim, a rápida solução do conflito de interesse.

Entretanto, diferentemente das normas que a precederam, a Lei n. 10.259/01 foi omissa em relação à matéria, tendo deixado a cargo da jurisprudência firmar o entendimento a respeito do assunto.

É importante consignar que nos Juizados Especiais Cíveis, disciplinado pela Lei n. 9.099/95, no qual há – como dito – vedação expressa de ajuizamento de ação rescisória, o tema é tratado com um certo dissenso pela doutrina, havendo resistência fundada em concordar com tal opção legislativa. A esse respeito FIGUEIRA JÚNIOR:

Francamente, não encontramos razões plausíveis para a exclusão da ação rescisória do elenco dos meios de impugnação contra as decisões proferidas nestes Juizados, por não ser razoável admitir (seria até ingenuidade) que os julgados de primeiro grau ou dos Colégios Recursais não incidirão jamais em nenhuma das hipóteses figuradas no art. 485 do CPC.⁸

De mais a mais, não se pode ignorar que nos Juizados admite-se de maneira pacífica o recurso extraordinário, e a Constituição Federal, por seu turno, expressamente atribui competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação rescisória de seus julgados.⁹ Ou seja, ao menos em sede de extraordinário tirado de ação oriunda dos Juizados Especiais (Cíveis, Federais ou da Fazenda Pública), deve-se admitir o interposição de ação rescisória, sob pena de violação frontal ao texto constitucional.

8 TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 325. Os ilustres juristas relembram que “a AJUFE (Associação de Juízes Federais do Brasil) apresentou um esboço de Anteprojeto de Lei, por ocasião da tramitação do Projeto de Lei n. 3.999/2001, que deu origem à Lei n. 10.259/01. Nele havia um capítulo para tratar do sistema recursal, da ação rescisória e da revisão criminal. O artigo 49 desse esboço prescrevia: ‘É da competência da Turma Recursal o processo e julgamento das ações rescisórias e revisões criminais de seus julgados, bem como das sentenças de mérito proferidas pelos Juizados Especiais Federais’”.

9 “Art. 102, inciso I, “j” da CF.

Por seu turno, relativamente à rescisão de decisões proferidas em primeiro e segundo grau de jurisdição no âmbito dos Juizados Especiais Federais e Fazenda Pública a questão é mais complexa, pois ambas as leis os regulam esses Juizados são omissas a respeito do tema.

Fica, portanto, aberta a seguinte indagação: aplica-se subsidiariamente aos juizados (Federais e da Fazenda Pública) o artigo 59 da Lei n. 9.099/95, por força dos artigos 1º da Lei n. 10.259/01 e 27 da Lei n. 12.153/09?

Na esfera dos Juizados Especiais Federais, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) admitiu a aplicação subsidiária do artigo 59 da Lei n. 9.099/95, por entendê-lo compatível com os princípios dos Juizados.¹⁰

Nota-se, de início, que o artigo 1º da Lei n. 10.259/01, embora determine a aplicação da Lei 9.099/95, faz importante ressalva, a ser observada pelo operador do direito. Com efeito, as regras da Lei n. 9.099/95 são aplicáveis aos Juizados Especiais Federais, no que não conflitar com a Lei n. 10.259/01.

Assim, especificamente em relação a essa questão, a Lei n. 9.099/95 conflita com a Lei n. 10.259/01 e, conseqüentemente, com a Lei n.12.153/09. Isto porque, a proibição de ajuizamento de ação rescisória, prevista somente na Lei n. 9.099/95 (art. 59), mostra-se incompatível nos Juizados Federais e da Fazenda Pública, nos quais são dirimidos litígios envolvendo entes públicos, concernentes, portanto, a interesses públicos, por natureza indisponíveis. Ou seja, toda a matéria debatida nesta seara envolve a Administração Pública, seus interesses ou seus bens, pertencentes a toda a coletividade.

Ademais, o artigo 59 da Lei n. 9.009/95 é norma restritiva de direitos, de tal modo que deve ser interpretada restritivamente.

Nesse contexto, recomenda-se redobrada cautela e reflexão do operador do direito na aplicação irrestrita de regras previstas na Lei n. 9.099/95, se e quando incompatíveis com os princípios publicísticos que gravitam em torno das lides envolvendo a Fazenda Pública e dos valores e interesses peculiares, submetidos a julgamento no Juizado Especial Federal e no Juizado Especial da Fazenda Pública.

Assim, embora sem a necessária acolhida da doutrina e principalmente da jurisprudência, entendemos que a rescisória é cabível, não só em face de decisões proferidas em sede de recurso extraordinário tirado de decisão proferida nos Juizados (artigo 102, I, j da CF), como

10 Enunciado 44 do Fonajef: "Não cabe ação rescisória no JEF. O artigo 59 da Lei no 9.099/95 está em consonância com os princípios do sistema processual dos Juizados Especiais, aplicando-se também aos Juizados Especiais Federais."

também para desconstituir decisões proferidas em 1º e 2º graus de jurisdição nos Juizados, não sendo aplicável a restritiva regra prevista no artigo 59 da Lei n. 9.099/95.

5 *QUERELA NULLITATIS*

Cuida-se de demanda através da qual se postula a declaração de inexistência de determinada relação jurídica processual. Diferentemente da ação rescisória, cujo escopo é a desconstituição de uma decisão acobertada pela coisa julgada, a *querela nullitatis insanabilis* volta-se contra vícios mais graves e que afetam a própria existência da relação processual estabelecida.

Assim, enquanto a ação rescisória opera no plano da validade, a *querela nullitatis* atua no plano da existência da relação jurídica.¹¹ Não por outra razão, a ação rescisória tem natureza desconstitutiva, ao passo que a *querela* é considerada pela doutrina como uma ação judicial de natureza declaratória negativa, ou seja, busca-se através dessa demanda a declaração de inexistência de determinada relação processual.

Sem adentrar profundamente no estudo dessa modalidade de impugnação autônoma, o que fugiria completamente ao propósito do presente trabalho, a indagação que se coloca a esse respeito é a seguinte: poderia essa ação ser interposta, quando se tratar de ação que objetiva declarar a inexistência de processo que tramitou nos Juizados Especiais? E, em caso afirmativo, de quem seria a competência para processar e julgar tal demanda?

Em relação à primeira indagação, acreditamos que sim. Não ha qualquer justificativa ou razão plausível para que não se admita esse via, já que os vícios que maculam a própria existência de um processo comum ordinário também podem ser encontrados em demandas que tramitam nos Juizados, não sendo ravoável que um sistema a aceite e outro não.

Ademais, os princípios publicísticos, inclusive de estatura constitucional, recomendam a manutenção dessa via excepcional no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, cujos princípios

11 Câmara afirma que: “Chama-se *querela nullitatis* a demanda através da qual se pleiteia a declaração de ineficácia de uma sentença transitada em julgado [...]. Não obstante chamar-se de *querela nullitatis*, a demanda de que ora se cuida trata visa (sic) ao reconhecimento da ineficácia, e não da validade” (CÂMARA. Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. Uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 152). Não se afigura tecnicamente correta essa afirmação, não devendo ser confundidos os planos da existência, da validade e o da eficácia das relações jurídicas, muito bem delimitados por Pontes de Miranda e mais recentemente por Marcos Bernardes de Mello.

orientadores em nada são afetados, já que se trata de relação processual inaugurada apenas após o deslinde da lide em trâmite perante os Juizados.

Em relação ao segundo questionamento, concernente à competência para o conhecimento, processamento e julgamento da *querela nullitatis*, verifica-se que existe regra de prevenção entre as demandas. De fato, embora não haja qualquer fixação dessa competência na legislação, mesmo porque a *querela sequer* tem previsão legal, há conexão entre as demandas, de tal modo que a *querela* deverá ser distribuída por dependência ao juízo no qual tramitou a ação original.

Concluimos, portanto, que cabível a querela, cuja competência será do juízo do Juizados Especial Federal que processou e julgou a ação atacada.

6 EMBARGOS DE TERCEIRO

Os Embargos de Terceiros, ação de procedimento especial prevista no CPC¹², voltam-se contra ato judicial de constrição, opostos por terceiro estranho ao processo do qual emanou a ordem judicial atacada.

A competência para o processamento e julgamento dessa ação é do juízo da demanda principal, consoante determina o artigo 1048 do CPC. Dito isso, cumpre verificar a possibilidade de utilização dessa ação autônoma nos Juizados Especiais.

O artigo 10 da Lei n. 9.099/95 é peremptório acerca do não cabimento de intervenção de terceiros nos Juizados Especiais, vedação que poderia conduzir o intérprete a enxergar alí a proibição de ajuizamento dos embargos de terceiro. Entretanto, tendo em vista que essa ação inaugura nova relação jurídica processual, a ser formada entre o titular do bem ameaçado de um lado e as partes do processo principal de outro, não se configura essa ação modalidade de intervenção de terceiro, que pressupõe, como o próprio nome diz, a intervenção de um sujeito na relação processual estabelecida, como é o caso da denúncia da lide ou da assistência.

Assim, a proibição do artigo 10 da Lei n. 9099/99 não impede o manejo dos embargos de terceiros perante os Juizados. Contudo, o artigo 3º desse mesmo diploma legal veda a utilização dos procedimentos especiais. Essa, portanto, seria a proibição legal à utilização dos embargos de terceiro nos Juizados? Não é assim que enxerga a doutrina, para quem o rigor legal merece ser mitigado quanto a essa restrição e deverá ser admitido o uso dos Embargos de Terceiros, embora seja inequívoca a natureza de procedimento especial dessa ação judicial. CÂMARA assim se pronuncia a respeito do tema:

12 Art. 1046 do CPC.

A Lei 9099/95 nada fala a respeito dos embargos de terceiro. Este é, porém, uma demanda autônoma de impugnação que não pode deixar de ser admitida nos Juizados Especiais Cíveis. Trata-se, certamente, do único procedimento especial regido pelo Código de Processo Civil que é admissível em sede de Juizados Especiais. [...] É funcional e, portanto, inderrogável a competência estabelecida pelo art. 1049 do CPC. Qualquer outro juízo que não o que determinou a prática do ato impugnado pelo embargante será, portanto, absolutamente incompetente para conhecer de tal feito. Sendo assim, não há outra saída a não ser reconhecer competência para embargos de terceiros ajuizados com o objetivo de impugnar ato praticado pelos Juizados Especiais Cíveis nos processos que perante tais órgãos se desenvolvam.¹³

Acrescente a isso o fato de que a admissão nos Juizados dessa ação atende o princípio da celeridade, já que entendimento em sentido contrário conduziria o titular do bem a postular seu direito perante a justiça comum, com todos os formalismos do procedimento ordinário e com o retardamento do deslinde da ação em trâmite perante os Juizados, que ficaria suspensa aguardando o resultado definitivo dos embargos.

Essa inteligência aplica-se por inteiro na esfera dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, embora seja de difícil verificação nessa justiça especializada, cujas lides envolve o poder público, titular de bens por natureza impenhoráveis. Mas, considerando a possibilidade de realização de sequestro para o adimplemento de dívidas nos Juizados, é possível que a constrição recaia sobre verba pertencente a ente que não figura na relação jurídica processual, ocasião em que deverá apresentar embargos de terceiro para defender seus bens. Ademais, considerando o disposto no inciso II do artigo 5 da Lei 12.153/09, segundo o qual empresas públicas podem figurar no polo passivo da demanda, afigura-se possível a realização de ato de constrição judicial oriundo dos Juizados da Fazenda Pública, já que os bens desses entes não é gravado com a cláusula de impenhorabilidade.

Diante do exposto, concluímos que os embargos de terceiros devem ser admitidos no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a quem competirá processar o julgar a demanda, diante da regra de prevenção estabelecida no artigo 1049 do CPC, competência funcional inderrogável.

13 CÂMARA. Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. Uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 151/152.

7 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Reclamação figura entre os feitos de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cujo objetivo é a preservação da competência destas Cortes e a garantia da autoridade das decisões proferidas por essas Cortes de Justiça, sendo ainda cabível contra decisão judicial ou ato administrativo que desobedecer súmula vinculante. Trata-se, pois, de instrumento destinado a dar efetividade a decisões prolatadas em última instância por esses Tribunais, guardiões da Constituição Federal e da legislação federal.

Diante do entendimento jurisprudencial de que não é cabível recurso especial nos Juizados Especiais, é absolutamente possível que decisões contrárias à lei federal e discrepantes da orientação traçada pelo Superior Tribunal de Justiça transitem em julgado, sem que a matéria tenha sido apreciada e analisada por aquela Corte. Esse problema foi percebido pelo STF, o qual estabeleceu, a partir do julgamento do RE 571.572 uma nova hipótese de cabimento de reclamação constitucional, adstrita aos Juizados Especiais. Eis o que ficou decidido naquela ocasião:

Não existe previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal para os juizados especiais estaduais, podendo, em tese ocorrer a perpetuação de decisões divergentes da jurisprudência do STJ.

Essa lacuna poderá ser suprida com a criação da turma nacional uniformizadora da jurisprudência prevista no Projeto de Lei 16/2007, de iniciativa da Câmara dos Deputados e ora em trâmite no Senado Federal.

Todavia, enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

[...]

Desse modo, até que seja criado o órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ, em razão de sua

função constitucional, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional, a lógica da organização do sistema judiciário nacional recomenda que se dê à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF amplitude suficiente à solução do impasse.

Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com a sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos Juizados especiais estaduais.

Após tal decisão, a Corte Especial do STJ editou a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009, para regular a reclamação com tal finalidade, momento a partir do qual passou a admitir a reclamação constitucional destinada a eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Especiais e precedentes daquela Corte¹⁴.

Todavia, provavelmente em decorrência do uso demasiado de Reclamações contra decisões proferidas nos Juizados Especiais, o STJ adotou uma jurisprudência defensiva, tornando-se mais exigente quanto ao cabimento de Reclamação de decisões dos Juizados, reservando-a somente para a análise de hipóteses extremas, “em que se verifique frontal ofensa a julgado do Tribunal, cuja solução decorra da aplicação da lei federal e não da melhor ou pior interpretação que se possa fazer dos fatos da causa”.¹⁵

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o STJ passou a admitir a Reclamação somente em caso de divergência da decisão reclamada com precedentes proferidos em julgamento de recurso especial repetitivo, ou se houver divergência com enunciado da súmula de sua jurisprudência.¹⁶ Outra limitação imposta diz respeito ao cabimento da Reclamação somente na hipótese de a divergência referir-se à interpretação de texto normativo de natureza material, ou seja, se a divergência for de interpretação de norma de direito processual não se admite a reclamação.

Veja-se que a discussão travada a respeito da admissão de Reclamação cingiu-se ao seu cabimento contra decisão proferida na esfera dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, ou seja, nas causas disciplinadas pela Lei n. 9.099/95.

14 Até então o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que a reclamação não era via adequada para sanar grave deficiência do sistema normativo vigente, que não oferece acesso ao STJ para controlar decisões de Juizados Especiais Estaduais contrárias à sua jurisprudência dominante.

15 AgRg na Rcl 5.046/DF, j. 26/10/2011.

16 Rcl 4.858/RS, j. 23/11/2011.

Fica, portanto, a seguinte indagação: esse mesmo raciocínio é admitido perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública? Segundo o STJ não, consoante se infere do julgamento da Recl. 12.100, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE TURMA RECURSAL EM CAUSA DE INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA (LEI 12.153/2009). REGIME PRÓPRIO DE SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA PREVISTO PELOS ARTS. 18 E 19 DA LEI. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO 12/2009 DO STJ. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECLAMAÇÃO LIMINARMENTE INDEFERIDA. (Reclamação n. 12100, Min. Benedito Gonçalves, publ. dia 10/04/2013)

A não admissão de Reclamação pelo STJ contra decisões dos Juizados Especiais da Fazenda Pública fundamenta-se no fato de a Lei n. 12.153/09 possuir sistema próprio para solucionar divergência sobre questões de direito material.

Com efeito, caberá, nos termos do art.18 da Lei n. 12.153/2009, pedido de uniformização de interpretação de lei sobre questões de direito material, para solucionar divergência entre Turmas Recursais do mesmo Estado, a ser julgado por Turma de Uniformização. Caberá, ainda, para solucionar divergência entre Turmas Recursais de diferentes Estados ou, ainda, quando a decisão recorrida contrariar Súmula do STJ, a quem competirá julgar o incidente.

E, nos termos do artigo 19 da Lei n. 12.153/09, quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização contrariar súmula do STJ, também competirá a essa Corte dirimir a divergência.

Nesse contexto, por haver procedimento legal específico de uniformização jurisprudencial nos Juizados Especiais (Federais e da Fazenda Pública), o Superior Tribunal de Justiça rejeita a utilização da reclamação, a qual ficará adstrita aos Juizados Especiais Cíveis, no qual inexistente a figura do incidente de uniformização. Aliás, a admissão da Reclamação pelo STF (RE n. 571.572) e posterior regulamentação pelo STJ (Res. 12/09), como se viu, ocorreu em virtude da ausência de mecanismo processual apto a propiciar ao STJ conhecer e decidir a adequação e conformidade de decisões dos Juizados com suas decisões, nas questões afetas à correta interpretação da legislação federal, deficiência inexistente no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

De todo modo, a via da Reclamação continua aberta para o STF e, mesmo no STJ não entendemos adequada a vedação em termos absolutos e peremptórios como tem decidido aquela Corte, pois situações excepcionalíssimas de descumprimento gritante de súmula do STJ não merece ficar à espera do transcurso de todos os recursos e incidente legais previstos, se essa via é muito mais célere e eficaz sob o ponto de vista da efetividade das decisões judiciais e observância da autoridade das decisões proferidas pelas Superiores Instâncias.

8 MANDADO DE SEGURANÇA

Como já dito alhures, o sistema de impugnação de decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais é muito simplificado, especialmente na Lei n. 9.099/95, que prevê expressamente apenas o recurso de sentença (ou apelação) e os embargos de declaração.

Diante desse quadro, várias indagações surgiram quando da implementação daquela nova via de prestação jurisdicional. Com efeito, um dos questionamentos levantados no âmbito dos Juizados Especiais foi a ausência de previsão, na Lei n. 9.099/95, de recurso contra decisões interlocutórias, opção legislativa adotada em homenagem ao princípio da oralidade e da concentração dos atos processuais.

Tal situação foi parcialmente contornada com as Leis n. 10.259/01 e n. 12.153/09, as quais admitem agravo contra decisão que concede medida de urgência (cautelar ou antecipatórias), mas não totalmente solucionada, notadamente no tocante a decisões proferidas na fase de execução.

Nesse contexto, passou-se a vislumbrar a impetração do mandado de segurança para a impugnação de decisões que viessem a causar graves prejuízos a uma das partes, desde que comprovados os requisitos constitucionais e legais para o uso do chamado “remédio heróico”.

De fato, não se duvida que decisões interlocutórias proferidas nos Juizados Especiais podem, concretamente, causar dano irreparável a uma das partes envolvidas do processo. Assim, diante da necessidade de um instrumento jurídico capaz de impugnar decisões desse jaez, passou-se a admitir a impetração do *writ of mandamus*.

Admitido o uso da via mandamental na esfera dos Juizados, sobreveio outra questão a ser analisada e decidida. Qual o órgão competente para processamento e julgamento do mandado de segurança interposto contra a decisão proferida nos Juizados Especiais?

Tal questionamento envolve dois pontos inconciliáveis. De um lado, a regra geral de competência fixada para os casos de mandado de segurança contra ato judicial, segunda a qual aos Tribunais compete originariamente processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de magistrado ao qual o mesmo se encontra vinculado. De outro, a máxima de que o microssistema dos Juizados Especiais não envolve os Tribunais. Preveleceu essa última regra.

Assim, fixou-se, no âmbito dos Juizados e perante o Eg. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o mandado de segurança contra o ato praticado nos Juizados Especiais é da competência das Turmas Recursais.¹⁷

A questão parecia, assim, estar resolvida. No entanto, em 2009 o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual é absolutameto incabível mandado de segurança nos Juizados Especiais, decisão muito criticada pela comunidade jurídica. Eis a ementa dessa decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI 9099/95. ART. 5, INCISO LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9099/95.
2. A lei n. 9.99/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, 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 (artigo 50., inciso LV da CB), uma vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado

17 Enunciado 62 do Fonaje: "Cabe exclusivamente às Turmas Recursais conhecer e julgar o mandado de segurança e o habeas corpus impetrados em face de atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais." Súmula 376 do STJ: "Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial."

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A crítica a essa decisão foi bastante contundente¹⁸, valendo, entretanto, como contraponto à posição adotada pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, o preciso voto vencido da lavra do Min. Marco Aurélio, assim vazado:

Ressaltou o Ministro Eros Grau, e o fez com absoluta fidelidade à Lei n. 9.099/95, que, nas causas submetidas aos Juizados Especiais, não é cabível o agravo. Vale dizer: as decisões interlocutórias não são impugnáveis de imediato.

Indago: é possível fechar-se a parte, diante de uma situação excepcionalíssima – e estou, aqui, a raciocinar em tese –, ao manuseio do mandado de segurança, afastando-se, até mesmo, a possibilidade de corrigir-se um erro de procedimento ou julgamento causador de prejuízo irreparável? A meu ver, não.

A mer ver, estamos diante de exceção comportada e alcançada pela Lei n. 1.533/51, no que essa lei realmente revela como regra o não cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial. Mas a previsão pressupõe a possibilidade de ter-se recurso contra essa decisão e, na espécie, é pacífico que não haveria esse recurso. Creio que o mandado de segurança merecia o processamento e não o indeferimento liminar verificado.

Assim concluo diante das peculiaridades do caso, da regência do processo pela Lei 9099/95, que exclui o recurso.

[...]

Peço venia Presidente, para entender que, no caso, o afastamento do mandado de segurança implica oda própria jurisdição e assim provejo o extraordinário.

18 Nesse sentido: FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Figueira Jr. p. 279. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. Uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 151; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 743.

De fato, não se deve restringir um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal. Ora, se a decisão, irrecorrível nos Juizados, ferir direito líquido e certo não há razão que justifique a inviabilidade de impetração do remédio constitucional.

9 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A suspensão de segurança foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 4.348/64 para resguardar o interesse público, nas hipóteses de decisão jurisdicional proferida contra pessoa jurídica de direito público e desde que acarrete lesão à ordem pública, à saúde, à segurança ou à economia públicas.¹⁹

Outros diplomas legais trataram da sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público, alargando o seu alcance, estendendo a viabilidade jurídica deste incidente²⁰ para outras hipóteses de medidas de urgência adotados contra o Poder Público²¹. Com efeito, se inicialmente a suspensão de segurança cabia apenas contra decisões proferidas em sede de mandado de segurança, atualmente não resta dúvida alguma de que, na linha de raciocínio de CUNHA:

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.²²

Diante desse aparato normativo, atualmente é indubitoso que qualquer medida de urgência deferida contra o Poder Público pode ser enfrentada mediante pedido de suspensão, desde que presentes os pressupostos elencados na legislação de regência.

Também há absoluto consenso de que as tutelas de urgência - cautelares ou antecipatórias - são plenamente admitidas no âmbito dos

19 Art. 4º da Lei nº 4.348/64.

20 A doutrina diverge em relação à natureza jurídica desse instituto. Adotamos, para tanto, a posição de Marcelo Abelha Rodrigues defendida em sua tese de doutorado, para quem o requerimento de suspensão de execução de decisão judicial figura como típico instituto representante dos incidentes processuais, que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por suavez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública, e de indubitosa finalidade preventiva, pois visa evitar risco de grave lesão a um interesse público. p.95.

21 Art. 12 da Lei 7.347/85; art. 4º, par 1º, da Lei 8.437/92, art. 1º da lei 9.494/97 e artigo 15 da Lei nº 12.016/2009.

22 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em júízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 465

juizados especiais, havendo, inclusive, previsão de cabimento de recurso de agravo contra tal decisão, tanto na Lei n.10.259/01 como na Lei n. 12.153/09.

Assim, via de regra, cabível medida de urgência contra o poder público no âmbito dos juizados. Por seu turno, cabível o manejo de Suspensão de Segurança contra qualquer medida de urgência, desde que preenchidos os pressupostos legais autorizadores previsto em lei.

Partindo dessas premissas, exsurge a seguinte indagação: cabe suspensão de decisão (segurança, liminar ou antecipatória de tutela) proferida no âmbito dos juizados especiais da Fazenda Pública?

Numa primeira aproximação, diante da ausência de expressa previsão legal autorizadora e com base nos princípios norteadores dos Juizados Especiais, notadamente o da celeridade, poder-se-ia concluir pela inadmissibilidade do manejo da suspensão de segurança nessa específica circunstância.

Não é, contudo, o que pensamos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, apesar de remota a hipótese de decisão proferida nos Juizados Especiais da Fazenda Pública atentar contra ordem pública, à saúde, à segurança ou à economia públicas, não podemos negar, de maneira categórica, que uma determinada decisão proferida naquela seara possua esse condão, principalmente se considerarmos a existência do chamado “efeito multiplicador”, circunstância comumente apontada pelos Tribunais Superiores como suficiente para a o acolhimento de Suspensões de Segurança.

Assim, havendo em tese essa possibilidade, basta verificarmos que no âmbito dos Juizados Especiais Federais inúmeras causas (como a discussão envolvendo o recálculo de pensão ou a revisão dos benefícios pelo IRSM) foram julgados em lote e as vezes aos milhares, não entendemos que deva ser impedida a admissão dessa via excepcional nos Juizados. Ademais, não atenta contra o princípio da celeridade, notadamente porque não se trata de um incidente suspensivo do processo em curso, cuja marcha seguirá seus tramites regulares, apenas sem os efeitos da liminar ou decisão antecipatórias eventualmente concedidas.

Trata-se apenas de uma contracautela prevista em lei e em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público, a que vigorará até o julgamento final do processo, sem configurar embaraço ou empecilho à rápida solução do litígio. Nessa linha de raciocínio, basta

que a marcha do processo seja célere – como determina a lei – que o princípio correlato não será violado, independentemente da existência ou não da suspensão conferida em favor do poder público.

No tocante à inexistência de expressa previsão legal, entendemos que diante do caráter geral das disposições legais que gerem a matéria, a aplicação de maneira subsidiária aos Juizados é plenamente possível, não se demonstrando correto afirmar que a omissão legislativa exteriorize qualquer vontade restritiva a esse respeito.

Remanesce outra indagação: nesse contexto, a quem compete apreciar o pedido de suspensão?

Diante da literalidade das disposições legais que tratam da matéria, incumbiria ao Presidente do respectivo Tribunal, ao qual estiver vinculado o magistrado prolator da decisão objeto de pedido de suspensão.

Entretanto, na estrutura dos Juizados Especiais o Tribunal de Justiça não se afigura como instância revisora, já que os recursos ordinários cabíveis contra decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais (recurso de sentença e agravo) são de competência da Turma Recursal, órgão formado por juízes de primeiro grau e integrantes da estrutura do sistema dos juizados. Essa é uma máxima do sistema dos juizados, contra a qual não se afigura recomendável a abertura de exceção, sob pena de desequilíbrio e deformação do sistema.

Nesse contexto, havendo alternativa hermenêutica para a solução dessa pontual questão da competência para processamento e julgamento da suspensão de segurança, necessário ao intérprete do direito dela fazer uso. Assim, entendemos que a utilização da analogia resolve satisfatoriamente a questão, bastando atribuir competência ao representante máximo da Turma Recursal, qual seja o seu Presidente.

No mesmo sentido CHIMENTI, não só admitindo a hipótese de suspensão de liminar na esfera dos Juizados, como também fixando seu posicionamento sobre a competência para o conhecimento de processamento da suspensão:

Também é cabível o pedido de suspensão ao Presidente da Turma Recursal quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar contária ao Poder Público. Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo contra a suspensodeterminanda pelo Presidente da Turma Recursal local, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do STF, desde que a questão envolva materiaconstitucional.²³

23 CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

Assim, esta forma autônoma de impugnação de decisão judicial é, nosso ver, cabível nos Juizados Especiais, incumbindo ao Presidente da Turma recursal apreciar o pedido, sem prejuízo de os Tribunais Superiores também conhecerem o pedido em caso de indeferimento (suspensão da suspensão), na forma e nos termos da lei que rege esta modalidade de incidente.

10 CONCLUSÃO

A partir do início da década de 70, inúmeros países perceberam a necessidade de ampliação do acesso à justiça, devido a insuficiência da engrenagem judiciária em atender a crescente demanda que emergia das novas e complexas relações sociais construídas a partir do aumento vertiginoso da população, principalmente nos grandes centros urbanos. Essa realidade foi percebida e descrita com bastante lucidez por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, após estudo analítico dos sistemas jurídicos de diversos países ocidentais (Projeto de Florença), culminando na obra denominada “Acesso à Justiça”, por meio da qual constataram a existência de três ondas renovatórias do processo civil moderno (assistência judiciária aos pobres, representação dos interesses difusos e novo enfoque de acesso à justiça), indispensáveis para adequar os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais com as realidades econômicas e sociais da sociedade moderna.

Esse foi um relevante marco teórico que influenciou inúmeras alterações legislativas, inclusive no Brasil, culminando na edição da Lei 7244/84, que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas, sistemática de prestação jurisdicional muito bem recebida pela comunidade jurídica nacional.

Após onze anos de vigência da Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas, foi editada a Lei n. 9.099/95, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, disciplina normativa que substituiu a Lei n. 7.244/84, mas foi norteada pelos mesmos princípios consagrados pela norma por ela regovada.

É importante destacar que tanto a Lei n. 7.244/84 (artigo 8º) como a n. Lei 9.099/95 (par. 2º do artigo 3º) excluíram expressamente a competência dos Juizados para causas envolvendo pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a Fazenda Pública, em hipótese alguma, poderia integrar a relação jurídica processual constituída e processada perante os Juizados Especiais.

Tal realidade perdurou até 2001, quando foi editada a Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especial Cíveis e Criminais, no

âmbito da Justiça Federal, criados para apreciar, nos limites legais estabelecidos, demandas propostas em face do poder público federal.

Em 2009, foi editada Lei n. 10.259, a qual criou o Juizado Especial da Fazenda Pública, no âmbito da Justiça Estadual, órgão jurisdicional competente para processar, conciliar e julgar causas cíveis movidas em face dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, na forma e nos limites legais ali estabelecidos. Estava assim formado o microsistema dos Juizados Especiais para o julgamento de causas de pequeno valor ou menor complexidade.

Entretanto, uma nota marcante em relação aos Juizados Especiais Federais e aos Juizados Especiais da Fazenda Pública não pode ser ignorada: eles foram criados especialmente para apreciar demandas envolvendo o poder público no pólo passivo da demanda.

Foi com base nesse contexto que o presente trabalho analisou até que ponto – e em que medida – as regras e procedimentos previstos na Lei n. 9.099/95 devem ser integralmente aplicados aos Juizados da Fazenda Pública, e com qual intensidade devem ser aplicadas subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil na seara dos Juizados Especiais, sem desmerecer os princípios orientadores desse microsistema, com ênfase para as impugnações autônomas.

Por se tratar de matéria relativamente recente (a Lei dos Juizados da Fazenda Pública data de 22 de dezembro de 2009), muitas questões ainda se encontram abertas e deverão ser definidas com o passar do tempo pela jurisprudência. Não obstante, foi possível estabelecer algumas conclusões. A primeira, a de que a incidência direta e imediata das regras e procedimentos estabelecidos na Lei n. 9.099/95 devem ser importadas *cum grano salis* aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, não se afigurando prudente aplicar indiscriminadamente uma legislação que foi idealizada e concebida para regular conflitos de interesses entre particulares, normatividade, inclusive, excluiu expressamente a participação do poder público nas demandas por ela reguladas.

Outra conclusão que emergiu da análise do tema é que não se pode abandonar os princípios publicísticos que naturalmente envolvem toda a atuação da Administração Pública, notadamente os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, pois os Juizados Especiais da Fazenda Pública foram criados especificamente para causas envolvendo o poder público, ou seja, o que está em “jogo” é o interesse público indisponível, bem comum e pertencente a toda a sociedade. Constatamos, portanto, que os princípios publicísticos e as regras de direito público aplicáveis à

Fazenda Pública, sobretudo quando atua em juízo, devem ser, na medida do possível e com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, compatibilizadas com a principiologia dos Juizados Especiais.

Com base em tais premissas, foram analisadas algumas impugnações autônomas e a sua viabilidade jurídica no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (objeto específico deste estudo), e concluímos que devem ser admitidas as seguintes ações autônomas: (i) ação rescisória, em razão da não aplicação subsidiária do artigo 59 da Lei n. 9.099/95 aos Juizados Especiais (Federais e Estaduais), por se tratar de norma restritiva de direitos, cuja interpretação deverá ser limitada à disciplina tratada (Juizado Especial Cível) e por incompatibilidade com os princípios publicísticos, notadamente da indisponibilidade do interesse público; (ii) *querela nullitatis*, em homenagem a princípios publicísticos, como o da indisponibilidade dos bens públicos, e também porque em nada afeta os princípios orientadores dos Juizados, já que inaugura relação processual após o deslinde da lide em trâmite perante os Juizados; (iii) embargos de terceiros, providência que atende ao princípio da celeridade, já que entendimento em sentido contrário conduziria o titular do bem a postular seu direito perante a justiça comum, com todos os formalismos do procedimento ordinário e com a postergação do deslinde da ação em trâmite perante os Juizados, que ficaria suspensa aguardando o resultado definitivo dos embargos; (iv) reclamação constitucional, cabível perante o STF e o STJ, neste último contra decisão dos Juizados Especiais Cíveis (Resolução 12/09 do STJ) e excepcionalmente nos Juizados Especiais (Federais e da Fazenda Pública), que possui remédio próprio para dirimir divergência e não atendimento de decisão do STJ; (v) mandado de segurança, por se tratar de remédio constitucional, considerado direito fundamental pela Constituição Federal; (vi) suspensão de segurança, contracautela estabelecida por lei em homenagem ao princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Concluímos, finalmente, que os Juizados Especiais da Fazenda Pública exigem do intérprete e aplicador do direito contínuo esforço para encontrar a melhor exegese possível para conciliar o interesse na rápida entrega da prestação jurisdicional com a preservação da *res* pública, sem abalar os princípios publicísticos, principalmente os da legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, vetores hermenêuticos indispensáveis quando se trata de interesse público, pertencente a toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. Uma abordagem crítica. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública (Comentários à Lei n. 12.153/09)*. São Paulo: Dialética, 2010.

CAVALCANTI, Mantovanni Colares. *Recursos nos Juizados Especiais*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis, Estaduais e Federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação à decisões judiciais e processo nos Tribunais. v. 3, 9. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FUX, Luiz. *Manual dos Juizados Especiais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1988.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sistema dos Juizados Especiais e julgamento por equidade. In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coordenadores). *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Uma visão sistemática da Lei 12153/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

INATOMI, Celly Cook. *O acesso à justiça no Brasil: a atuação dos juizados especiais federais cíveis*. Dissertação de mestrado. Pós-Graduação em Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000467478>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Estruturação dos Juizados da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 12153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo poder público. Salvador: Jus Podivum. 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús (coordenadores). *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Uma visão sistemática da Lei 12153/2009. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOSTA, Jorge (Coordenador). *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

WATANABE, Kazuo (Coordenador). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

A EXPERIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NA ARBITRAGEM

*THE EXPERIENCE OF THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION IN
ARBITRATION*

André Rodrigues Junqueira¹
Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 A lei de arbitragem brasileira; 1.1 Conceitos iniciais; 1.2 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva; 1.3 Autonomia da vontade; 1.4 O julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem; 2 A positivação da arbitragem para o Poder Público; 2.1 A lei federal nº 8.987/95; 2.2 A lei federal nº 11.079/04; 2.3 A lei de arbitragem mineira (lei estadual nº 19.447/11) 3 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública e a arbitragem; 3.1 Reexame necessário; 3.2 Suspensão de segurança; 3.2.1 A suspensão como recurso; 3.2.2 Natureza de sucedâneo recursal; 3.2.4 Natureza

¹ Procurador do Estado de São Paulo, em atuação da Coordenadoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2008), especialista pela Escola Superior da PGE (2013). Coautor da obra *Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*, publicado em 2012 pela editora Jus Podivm.

incidental; 3.2.5 Natureza de exceção em sentido estrito; 3.2.6 Natureza de ação cautelar autônoma; 3.2.7 Natureza de simples medida cautelar; 3.3 Execução nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e necessidade de expedição de precatórios; 4 Experiências práticas; 4.1 Leading case: Construtora Celi vs. Estado de Sergipe; 4.2 A experiência paulista; 4.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; 4.3.1 Considerações acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 4.3.2 Considerações acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de utilização da arbitragem para a Administração Pública. A monografia parte da premissa de que o Estado possui arbitrabilidade objetiva e subjetiva, de modo que pode submeter conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis a essa forma heterocompositiva de solução.

Dessa maneira, passa-se à análise da positivação da arbitragem para o Poder Público, destacando as principais normas do ordenamento jurídico que possibilitaram a participação do Estado nas arbitragens.

Em um momento posterior, busca-se um ponto de equilíbrio entre as prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o procedimento específico da arbitragem, para avaliar quais benefícios da lei adjetiva podem ser aplicados no contexto arbitral.

Por fim, são analisadas algumas experiências jurisprudenciais práticas, com o escopo de obter conclusões sobre as melhores práticas na arbitragem que envolvem as pessoas jurídicas de direito público interno.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Arbitrabilidade. Estado. Prerrogativas Processuais e Jurisprudência.

SUMMARY: The present study aimed to examine the possibility of using arbitration for the Public Administration. The paper starts from the premise that the State has objective and subjective arbitrability, so that may refer disputes concerning the property rights to this heterocompositive solution form.

Thus, passing to the analysis of positivization of arbitration for the Government, highlighting key provisions of the law that allowed the state's participation in arbitrations.

At a later time, we seek a balance between procedural prerogatives of the Treasury and the specific procedure of arbitration, to assess to what benefits the adjectival law can be applied in the arbitration context. Finally, we analyze some practical jurisprudential experience, as the scope to obtain conclusions on best praticais in arbitration involving legal entities of public law.

KEYWORDS: Arbitration. Arbitrability. State. Procedural Prerogatives and Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, historicamente, sempre demonstrou certo preconceito com a utilização da arbitragem para solução de conflitos. Podemos mencionar alguns exemplos clássicos, como o Código Civil de 1916, que não trazia qualquer disposição acerca da cláusula compromissória como modalidade contratual; ou ainda, o próprio Código de Processo Civil de 1973 que, em sua redação original, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.

Essa situação somente começa a ser alterada em 1991, quando foram iniciados os trabalhos para elaboração de anteprojeto de lei, com a constituição de Grupo de Trabalho composto pelos juristas Selma Maria Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona.

Após diversos seminários e discussões, o anteprojeto foi apresentado formalmente em 27 de abril de 1992, em seminário realizado em Curitiba, PR.

Após a conclusão da redação do anteprojeto, iniciou-se o processo legislativo. Em junho de 1992, o senador Marco Maciel apresentou o projeto ao Senado Federal. Ao cabo de intensas discussões no âmbito do Congresso Nacional, o projeto foi aprovado, com duas alterações introduzidas na Câmara dos Deputados, de modo que o Presidente da República sancionou a lei em 23 de setembro de 1996².

² Para um estudo mais aprofundado acerca do histórico da arbitragem no Brasil, recomendamos a leitura da obra: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

1 A LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

1.1 Conceitos iniciais

Em primeiro plano, cumpre realizar uma breve exposição acerca dos conceitos introduzidos pela lei de arbitragem brasileira, com destaque para cláusula arbitral e sentença arbitral.

A convenção de arbitragem é um acordo ou negócio jurídico processual feito em um contrato em que as partes se comprometem a levar seus conflitos para serem apreciados por um árbitro. Também indica como esses árbitros serão nomeados ou escolhidos. Nas hipóteses em que o litígio já existe as partes convencionam submeter-se à arbitragem, realiza-se o compromisso arbitral (exceção processual). Por sua vez, nos casos em que a avença arbitral é prévia ao litígio esta se denomina cláusula compromissória (objeção processual).

No que concerne à sentença arbitral, o primeiro ponto que deve ser mencionado é que o próprio termo “sentença arbitral” é novidade introduzida pela Lei 9.307/96. A partir do advento dessa norma, a expressão “sentença” indica tanto a sentença estatal, quanto a arbitral. Dessa forma, confere-se maior valor à decisão judicial arbitral, pelo seu conteúdo semântico.

Nessa toada, uma importante modificação trazida pela Lei 9.307/96 foi a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, pois a eventual submissão da arbitragem ao Poder Judiciário, como condição de eficácia, afastaria uma série de vantagens da utilização da arbitragem, como o sigilo e a celeridade. Obviamente, essas considerações não se aplicam à sentença arbitral estrangeira, a qual deve ser devidamente homologada no Brasil para produção de efeitos.

1.2 Arbitrabilidade objetiva e subjetiva

O art. 1º da lei de arbitragem delimita as matérias que podem se sujeitar à arbitragem. São os direitos patrimoniais disponíveis. Nos casos em que um conflito pode se submeter à arbitragem, sob a perspectiva do direito material envolvido, podemos afirmar que existe arbitrabilidade objetiva.

A arbitrabilidade objetiva desperta alguns problemas de ordem prática.

Como exemplo, pode ser citado o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor. Referido texto legal considera nula a cláusula de arbitragem compulsória. Com base nisso, muitos alegaram a inarbitrabilidade dos direitos do consumidor.

Entretanto, esse posicionamento é equivocado.

Isso porque, o objetivo do legislador é proteger o hipossuficiente da inclusão de cláusulas no contrato de adesão sem o seu conhecimento. No entanto, isso não proíbe a arbitragem quanto a direitos do consumidor. A proibição só atinge como cláusula geral, não em contratos negociados.

Por sua vez, a arbitrabilidade subjetiva reflete a capacidade da parte em se submeter à arbitragem.

Nessa toada, o artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/96 afirma que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

Tendo em vista que basta plena capacidade para ocorrência da arbitrabilidade subjetiva, em princípio, não haveria qualquer dúvida quanto à possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem. No entanto, não é o que ocorre.

Como já ressaltado pela doutrina, o Estado não está proibido de dispor de seu patrimônio. Nesse sentido, podemos mencionar a experiência prática dos Juizados Especiais Federais, nos quais a regra é a disponibilidade patrimonial pelo ente federativo. Não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível, desde que atendido os requisitos legais³.

A arbitrabilidade subjetiva do Estado é um dos temas centrais desse trabalho e será abordada com mais detalhes nos capítulos subsequentes.

1.3 Autonomia da vontade

Na arbitragem, é livre às partes escolher o direito material a ser aplicado, em oposição à vinculação das partes, no processo judicial, às disposições da Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro. Assim, o processo arbitral admite que o juiz julgue conforme a equidade, ou com a utilização dos usos e costumes (*lex mercatoria*).

Quanto ao procedimento a ser realizado, existem basicamente quatro opções aplicáveis à arbitragem: a) regulamento do órgão arbitral, b) lei processual qualquer, escolhida pelas partes, desde que compatível com o procedimento, c) criação de um procedimento pelas partes, o que é o mais comum nas arbitragens *ad hoc* ou ainda d) as partes podem deixar de tratar de matéria procedimental, de modo que fica a cargo do árbitro escolher o procedimento que considerar mais correto.

3 TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210.

1.4 O julgamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem

A constitucionalidade da lei de arbitragem mobilizou o Supremo Tribunal Federal (STF) por quatro anos. Em sessão realizada em 12 de dezembro de 2001, os ministros decidiram da Lei nº 9.307/96 são constitucionais, em votação por sete votos a quatro.

Referido entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE nº 5.206).

O recurso é o *leading case* sobre a matéria. Trata-se de uma ação movida a partir de 1995, por empresa de origem estrangeira que pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido, pela ausência de homologação do laudo no país de origem. Contudo, com a promulgação da Lei nº 9.307/96 o regramento jurídico foi alterado pela dispensa de homologação do laudo junto ao Poder Judiciário do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei.

A despeito de todos os ministros votarem pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade.

Os ministros Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Todavia, a maioria dos magistrados do STF considerou um grande avanço a lei e não vislumbrou nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça. “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.”

Assim, restou decidido que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, mas as partes podem fazê-lo, se forem capazes e se estiverem diante de direitos patrimoniais disponíveis.

2 A POSITIVAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA O PODER PÚBLICO

A utilização da arbitragem pelo Poder Público foi analisada com muita propriedade na dissertação de mestrado defendida pelo processualista paranaense Paulo Osternack Amaral junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em banca examinadora compostas

pelos Professores Flávio Luiz Yarshell (orientador), Carlos Alberto Carmona e Eduardo Talamini, aprovada com distinção⁴.

A delimitação do campo de pesquisa do autor parte da premissa de que a Administração Pública possuiu arbitrabilidade objetiva e subjetiva e, portanto, pode se sujeitar aos ditames da Lei Federal nº 9.307/96. A partir dessa ideia, assume-se o dever de analisar a submissão do Estado à arbitragem sob três enfoques: a) Os aspectos processuais, que distinguem a arbitragem que envolve o Poder Público em relação ao modelo tradicional; b) A possibilidade de adoção de medidas urgentes favoravelmente ao ente público, no bojo do processo arbitral e c) A eventual sujeição do árbitro e do processo arbitral a determinados instrumentos de controle do Poder Judiciário.

Em primeiro plano, o autor demonstra a ausência de óbice quanto à sujeição do Estado à arbitragem. Nessa toada, a Lei de Arbitragem, afirma que “as partes capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (artigo 1º). Nesse artigo da lei encontra-se a distinção entre a arbitrabilidade subjetiva, capacidade de alguém se submeter à arbitragem (partes capazes de contratar) e arbitrabilidade objetiva, possibilidade de determinada questão ser submetida à arbitragem (direitos patrimoniais disponíveis).

Assim, o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, possui arbitrabilidade subjetiva e pode adotar o procedimento da Lei Federal nº 9.307/96 para os seus litígios que envolverem direitos patrimoniais disponíveis. Para corroborar essa tese, a própria Lei de Concessões dispõe que “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996” (artigo 23-A da Lei Federal no 8.987/95). Nessa toada, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 1.079/04) determina, em seu artigo 11, que o contrato deverá prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

A partir dessas bases teóricas, o autor inicia as análises que permeiam toda a dissertação.

4 AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

O primeiro ponto polêmico se refere às derrogações publicísticas sofridas pela Lei Federal nº 9.307/96, quando aplicada ao ente público. Assim, o autor destaca a questão do sigilo inerente à arbitragem tradicional, bem como a possibilidade de que a arbitragem seja de direito ou de equidade (artigo 2º da Lei de Arbitragem). Referidos preceitos jamais podem ser adotados pelo Poder Público, em razão de sua incompatibilidade com o artigo 37 da Constituição Federal, que estabelece como alicerces da Administração Pública a ‘Publicidade’ e a ‘Legalidade’.

Assim, conclui-se que a arbitragem na qual o Estado figure como parte deve ser pública e de direito.

Na segunda perspectiva de análise, o autor afirma que é plenamente possível a concessão de medidas urgentes no bojo do processo arbitral. Dessa forma, os pedidos de tutelas urgentes serão apreciados pelo próprio árbitro, de modo que somente será necessário o recurso ao Poder Judiciário em caso de descumprimento da medida, em razão da inexistência de poder de *imperium* ao árbitro. Nesse caso, não caberá ao juiz verificar o acerto da decisão proferida pelo árbitro, mas apenas garantir que ela seja cumprida.

Por sua vez, o incidente de Suspensão de Segurança ou de Suspensão de Liminares é absolutamente incompatível com a arbitragem. Isso porque referido incidente constitui espécie de medida cautelar incompatível com a lógica do procedimento arbitral. Em regra, o processo arbitral não possui instância recursal, capaz de deferir uma medida desse jaez. Além disso, não se poderia pleitear a suspensão junto ao Poder Judiciário, pois é vedado ao magistrado de direito o ingresso no mérito das decisões proferidas pelo juiz arbitral.

O mandado de segurança também não é cabível para impugnar decisão arbitral. Isso porque o árbitro não é agente público ou delegatário estatal, tampouco desempenha função estatal.

A obra de Paulo Osternack ainda realiza um estudo acerca das regras atinentes a solução de conflitos das agências reguladoras, com enfoque nas agências federais. A conclusão é de que tais regulamentos não se constituem em processo arbitral, nos moldes da Lei Federal nº 9.307/96. A razão principal que justifica essa conclusão é o fato que essa sistemática não se constitui por acordo de vontades entre as partes, mas por imposição do regulador. Além disso, não se segue os princípios e a filosofia que rege da Lei de Arbitragem. Todavia, nada impede que sejam criadas câmaras arbitrais adjuntas às agências reguladoras.

Por fim, o autor supramencionado analisa determinados instrumentos de controle utilizados perante o Poder Judiciário, com o intuito de verificar sua possível utilização no processo arbitral.

A primeira das conclusões é de que o árbitro não é atingido pela eficácia compulsória das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Isso porque a Câmara Arbitral não é órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública. Todavia, pode ser imaginada a utilização de uma ação anulatória, para questionar uma sentença arbitral proferida em desconformidade com uma Súmula Vinculante. Nesse caso, provavelmente haveria a interferência indireta de um verbete sumular em uma decisão arbitral, pela via judiciária.

Pelas mesmas razões supramencionadas, o árbitro não se sujeita às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Tais acórdãos não são de observância obrigatória para os árbitros.

Por fim, o estudo em análise conclui ser positiva a adoção da arbitragem pelo ente público. Isso porque haverá uma decisão que tende a ser mais técnica (pois o árbitro costuma ser um especialista no assunto), mais rápida e, ainda, que não se sujeita a tantas impugnações típicas de um processo judicial envolvendo o Estado (Suspensão de Segurança, Mandado de Segurança contra ato judicial, reexame necessário etc). Referidos instrumentos foram desenhados para a tutela o interesse público indisponível e jamais serão utilizados no processo arbitral, que envolve questões patrimoniais disponíveis.

Os diversos problemas supramencionados serão abordados com maior cautela no capítulo quatro, destinado à análise das prerrogativas processuais do Estado na arbitragem.

2.1 A lei federal nº 8.987/95

Os contratos de concessão de serviços públicos possuem cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras são aquelas que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário e, as segundas, as que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Neste sentido pode-se dizer que todas as questões disciplinadas no contrato de concessão que gravitam em torno dos interesses patrimoniais do contrato são suscetíveis de solução arbitral. Todas as matérias que versarem sobre disponibilidade de direitos patrimoniais, poderão estar sob à égide arbitral.

Há de ser notado, igualmente, que a Administração está adstrita ao princípio da legalidade e este prisma coaduna-se com art. 1º da Lei nº 9.307/96, que permite a arbitragem somente às partes capazes.

Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais). Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à jurisdição estatal.

Nessa toada, vale ressaltar, também, as ponderações efetuadas em precedente jurisprudencial que analisou a pertinência da inclusão de cláusula arbitral em contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamento de Esgotos de Brasília, objetado pelo Tribunal de Contas da União. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal fixou que:

Para sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado.

Este precedente tornou-se o *leading case* para a matéria e, em voto lapidar, a então Desembargadora Fátima Nancy ANDRIGHI ao relatar o Mandado de Segurança em comento pontificou que:

Pelo art. 54 da Lei n. 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de *Concorrência, ao qual está vinculada.*

Sendo assim, mostrou-se necessária a alteração realizada pela Lei Federal nº 11.196/05, que, ao introduzir o artigo 23-A na Lei Federal de Concessões (Lei nº 8.987/95) permitiu que tais contratos contivessem a cláusula arbitral, exigindo apenas que o procedimento fosse realizado no

Brasil, em língua portuguesa e de acordo com os ditames da Lei Federal nº 9.307/96.

2.2 A lei federal nº 11.079/04

A lei federal nº 11.079/04 cria os conceitos de concessão patrocinada e concessão administrativa.

De acordo com a lei de PPP, concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Segundo o administrativista Carlos Ari Sunfeld:

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se opõem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir⁵.

Nessa toada, a PPP, segundo a lei, deve contar com um investimento mínimo de vinte milhões de reais e o período de prestação do serviço deve ser superior a cinco anos.

Em razão do porte de tais contratos, frequentemente os entes federativos que optam pela realização de uma PPP precisam de financiamentos internacionais para execução de tal mister. Assim, União, Estados e Municípios recorrem ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) ou ao Banco Mundial. Essas entidades estabelecem, como condição compulsória para efetivação dos empréstimos, que eventuais litígios sejam submetidos à arbitragem.

Assim, no que concerne à arbitragem, a lei federal de PPP manteve à sistemática da lei federal de concessões, ao permitir que o contrato contenha cláusula compromissória.

5 Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25.

2.3 A lei de arbitragem mineira (lei estadual nº 19.447/11)

O Estado de Minas Gerais foi pioneiro na promulgação de uma lei específica para lidar com a arbitragem perante o Poder Público. Trata-se da lei estadual mineira nº 19.447/11.

Referida norma estadual tem sido objeto de diversos questionamentos judiciais, a começar por sua própria constitucionalidade. Isso porque o artigo 22 de nossa Carta estabelece ser competência privativa da União legislar sobre Direito Processual. Todavia, a interpretação que parecer ser a mais razoável, afirma que a lei mineira versa sobre Direito Administrativo e não inova em matéria processual⁶.

Superado o questionamento de cunho constitucional, passa-se à análise dos procedimentos dessa norma.

Em primeiro plano, cumpre esclarecer que a lei mineira, em seu artigo 4º impõe a utilização da arbitragem institucional, excluindo o modelo *ad hoc*. Ainda assim, exige-se que o árbitro seja brasileiro e membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços ao Estado.

A lei supramencionada ainda determina que a arbitragem seja de direito e que o processo seja público. Essas especificidades buscam compatibilizar a arbitragem com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Ainda exige-se que a câmara arbitral escolhida será preferencialmente sediada em Minas Gerais, estando regularmente constituída por, no mínimo, três anos, funcionar como instituição arbitral, ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo e ser idônea, competente e experiente.

Diante de tais peculiaridades, cumpre destacar o posicionamento de Paulo Osternack Amaral, para que, por considerar a lei mineira como norma de Direito Administrativo, conclui que o seu descumprimento não invalida o procedimento arbitral, mas apenas gera a responsabilização do agente público que deu azo ao não cumprimento da norma⁷.

6 AMARAL. op. cit. p. 70.

7 Ibid, p.71.

3 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E A ARBITRAGEM

O debate acerca da aplicação das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na arbitragem é intenso na doutrina brasileira, mas as experiências jurisprudenciais ainda são pequenas nessa matéria.

O contexto histórico de criação de prerrogativas processuais em favor das pessoas jurídicas de direito público interno decorre de uma tentativa de proporcionar uma igualdade entre as partes do processo, em virtude de um desequilíbrio material do Estado em relação ao ente privado nos litígios.

Isso ocorreu, porque, os representantes judiciais dos entes estatais não tinham condições de realizar um trabalho adequado e defender a contento os interesses da Fazenda Pública em juízo, principalmente por falta de pessoal e estrutura material.

Dentro dessa realidade, o legislador processual criou “vantagens” no processo para atuação do Estado em juízo, em detrimento dos entes privados, com o objetivo de minimizar as vicissitudes supramencionadas. Dentre essas prerrogativas, podemos destacar o reexame necessário, a suspensão de segurança, o módulo executivo diferenciado, entre outros.

Atualmente, questiona-se a necessidade de manutenção de tais prerrogativas, tendo em vista a sensível melhora estrutural e de pessoal das advocacias públicas pelo país, principalmente nos grandes centros urbanos. Todavia, ainda mostra-se necessário a manutenção desse regime diferenciado, tendo em vista o constante aumento da litigiosidade envolvendo a Fazenda Pública, que nem sempre consegue ser acompanhada por uma melhora de estrutura de trabalho e de servidores.

Nessa toada, a aplicabilidade de tais dispositivos no contexto da arbitragem é uma polêmica no âmbito doutrinário. Isso, porque se considera que a arbitragem constitui um sistema próprio, cujas interferências do processo civil “ordinário” seriam aplicadas de forma muito restrita, em casos excepcionais. Em outro sentido, parte da doutrina entende que o procedimento arbitral não pode representar uma “burla” às prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Tampouco, a arbitragem pode representar algo superior ao processo civil ordinário, principalmente pelo fato de que alguns benefícios da Fazenda Pública são garantias constitucionais.

Diante de toda essa polêmica, passaremos à análise da possível compatibilidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na arbitragem.

3.1 Reexame necessário

O Código de Processo Civil prevê o reexame necessário no seu art. 475, cujo objeto primordial, como se extrai do próprio texto da lei, consiste no resguardo do interesse público, traduzido no máximo de certeza e justiça das sentenças em que haja sucumbência da Fazenda Pública. Assim, verificada tal situação, independentemente de haver provocação da parte interessada, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, sob pena de a decisão judicial não produzir seus respectivos efeitos. Caso o magistrado não o faça, o presidente do tribunal deverá avocá-los.

Mesmo antes das inovações trazidas pela Lei nº 10.352/2001, não se cogitava de outro elemento ensejador da remessa necessária que não fosse o interesse público. Na antiga redação do art. 475 do CPC, a remessa necessária era obrigatória também em caso de sentença anulatória de casamento, matéria outrora reputada de elevado interesse público, merecendo, também um grau mais elevado de atenção por parte do Estado. Todavia, mediante a Lei nº 10.352/2001, o legislador reformador entendeu que tal hipótese já não requer tanta proteção.

É preciso, porém, ressaltar de que referido interesse público sofre variações de acordo com o objeto da remessa necessária na hipótese considerada. Expliquemos: é que o instituto da remessa necessária não é exclusividade do CPC, tendo previsão também em diversos outros diplomas normativos, e em todos eles sempre em prol do interesse público, mas nem sempre esse interesse público se traduz na defesa da Fazenda Pública.

Com efeito, todas as situações de cabimento da remessa necessária previstas no nosso ordenamento jurídico seguem o mesmo procedimento, resumido no encaminhamento dos autos, pelo próprio juiz que proferir a sentença, ao órgão revisor para a devida reapreciação. Mas o objeto nem sempre é o mesmo, embora em todas as situações o fim último seja sempre o interesse público.

Assim, o interesse público efetivamente objetivado pela remessa necessária prevista no CPC, art. 475, de fato está centrado na defesa da Fazenda Pública. Todavia, no caso do reexame necessário em sede de Ação Popular, o interesse público protegido tem seus reflexos voltados para a verificação minuciosa do pedido popular e da causa de pedir popular, de modo a proporcionar um novo exame sobre a matéria, quando a sentença extinguir o processo por carência ou julgar improcedente a ação.

Na ação de mandado de segurança, igualmente, o interesse protegido com a remessa necessária não corresponde exatamente à defesa da Fazenda Pública, mas da Administração Pública. Enfim, existem

diversas hipóteses em que o interesse público protegido na remessa necessária é distinto do interesse patrimonial da Fazenda Pública.

Diante dessas considerações, alguns autores afirmam que o reexame necessário deveria ser aplicado ao procedimento arbitral.

Referido posicionamento doutrinário não deve prevalecer.

Isso porque a arbitragem constitui um sistema próprio e autônomo em relação ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil⁸. O Estado, ao aderir voluntariamente à arbitragem deve renunciar às prerrogativas previstas na legislação processual, pois estas não fazem sentido no contexto da arbitragem, no qual não existe (ou não deveria existir) desigualdade entre as partes.

Nessa toada, a Lei Federal nº 9.307/96 igualmente não previu qualquer tipo de condição de eficácia da sentença, como o reexame necessário. Nessa toada, as câmaras arbitrais, em geral, não preveem a existência de qualquer tipo de órgão recursal.

A conclusão que pode ser extraída dessa análise é de que a celeridade e qualidade de julgamento esperada em um procedimento arbitral não é compatível com a sistemática o reexame necessário.

3.2 Suspensão de segurança

A Suspensão de Segurança consiste em um meio de suspender decisão judicial, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no caso de manifesto interesse público, ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. Trata-se, pois, de um instituto oferecido ao Poder Público na defesa do interesse público.

A história da suspensão de segurança pode ser dividida em quatro momentos históricos. O primeiro deles remonta à origem remota do instituto, marcado pela identificação das raízes e dos modelos que serviram de inspiração à sua criação. Posteriormente, procuraremos demonstrar que o instituto nasceu praticamente junto ao próprio mandado de segurança, na primeira lei que regulamentou o *Writ* constitucional em 1934.

A segunda e a terceira fase foram delimitadas pela influência do Estado liberal e do Estado social na utilização do instituto. Por fim, a quarta fase foi marcada pelas mudanças legislativas pela MP 2180-35 (congelada pela EC 32/2001). Tais mudanças atingiram o âmago do instituto, alterando-lhe a natureza e criando novas hipóteses de cabimento.

Não há consenso acerca da natureza jurídica do incidente de suspensão. Doutrina e jurisprudência já tem se manifestado no sentido

8 Nesse sentido, SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011. p. 88.

de vislumbrar no incidente natureza recursal, de sucedâneo recursal, administrativa, meramente incidental, de exceção em sentido estrito, de ação cautelar autônoma e de medida cautelar.

3.2.1 A suspensão como recurso

A antiga jurisprudência do STJ entendia que a suspensão era uma modalidade recursal.

Todavia, o pedido de suspensão não tem por escopo a reforma ou anulação da decisão atacada, pois não devolve a matéria impugnada à reapreciação judicial. Não há, portanto, nem o efeito devolutivo tampouco o efeito substitutivo inerente aos recursos. Esse instrumento tenciona apenas suspender a eficácia de liminar ou sentença contrária ao Poder Público.

Diante disso, os tribunais superiores têm reiterado o novo entendimento da natureza não recursal da suspensão de segurança.

3.2.2 Natureza de sucedâneo recursal

Parcela da doutrina defende que os pressupostos de cabimento do incidente de suspensão revelariam a sua natureza de sucedâneo recursal. Esse posicionamento parte da premissa de que a decisão do presidente do Tribunal reexaminaria os pressupostos de concessão da liminar ou da sentença, proferida contra o Poder Público. Nesse caso, haveria um prejudgamento dos recursos eventualmente interpostos.

Não se aceita referida tese, pois, a não interposição de recurso implicaria o seu trânsito em julgado e prejudicaria o pedido autônomo de suspensão. Logo, o incidente jamais poderá fazer as vezes de recurso.

3.2.3 Natureza Administrativa

Ellen Graice⁹, em sede doutrinária, sustenta que a atividade desenvolvida pelo presidente do Tribunal ao apreciar o incidente de suspensão assumiria caráter político administrativo, na medida em que o presidente do Tribunal avalia a potencialidade lesiva da decisão contrária ao Poder Público, valendo-se de bases extrajurídicas.

Referida tese subverte a ordem constitucional vigente, que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal e da separação de poderes. Ainda, a previsão legal do cabimento de Agravo Interno contra decisão proferida em sede de pedido de

9 NORTHFLEET. Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 1, n. 2. São Paulo, RT, 1998.

suspensão, afasta a tese da natureza administrativa. Ademais, aceitar que atos administrativos se sobreponham a atos jurisdicionais constitui arbitrariedade e infringência à soberania do Poder Judiciário.

3.2.4 Natureza incidental

O autor Marcelo Abelha Rodrigues¹⁰ defende a tese de que o pedido de suspensão se caracteriza por ser um incidente processual voluntário, com conteúdo de defesa impeditiva, preventivo, que depende da existência de um processo principal, do qual é acessório.

Valendo-se das lições de Calamandrei, o autor supramencionado indica que a tutela assecuratória de índole realmente cautelar consiste em um instrumental ao quadrado, pois orientada a garantir o atingimento do fim útil de um processo principal.

3.2.5 Natureza de exceção em sentido estrito

Dinamarco¹¹ defende a tese de que a suspensão é uma exceção em sentido estrito (não exercício de ação), por meio do qual o Poder Público alega fatos impeditivos do direito do impetrante aos efeitos da liminar ou mesmo da sentença concessiva da segurança.

3.2.6 Natureza de ação cautelar autônoma

O autor Elton Venturi¹² defende a tese de que a suspensão consiste em uma ação cautelar autônoma, de tutela do interesse público primário. Na visa desse autor, essa concepção asseguraria que o pedido de suspensão fosse processado de acordo com as garantias constitucionais do processo.

Com a devida vênia, o pedido de suspensão não possui natureza jurídica de ação. Não amplia os limites objetivos da demanda, tampouco se desenvolve por meio de um processo próprio. Não veicula pedido autônomo de tutela ao Estado, não se destina a preservar o resultado útil de um recurso, muito menos protege situação desvinculada do processo em que proferida a decisão contrária ao Poder Público.

10 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 200.

12 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*, op. cit. p. 25.

3.2.7 Natureza de simples medida cautelar

O entendimento contemporâneo dos tribunais superiores tem se inclinado no sentido de reconhecer uma natureza de contracautela aos pedidos de suspensão.

Esse posicionamento é o que melhor explica a natureza jurídica do pedido de suspensão. Trata-se de medida cautelar destinada a neutralizar os efeitos de decisão provisória contrária ao Poder Público, como forma de proteger o resultado útil do processo. Esse requerimento tem por escopo tutelar eventual decisão final de improcedência da ação movida contra o Poder Público, ante a existência de liminar ou de sentença cuja execução possa causar dano irreparável aos bens jurídicos tutelados pelas leis que compõem o dito sistema de suspensão.

O pedido de suspensão de segurança não pode ser admitido no contexto da arbitragem. Existe óbice de natureza procedimental e material (irrecorribilidade de decisões interlocutórias, ausência de órgão para apreciação do pedido), que proíbe a sustação da eficácia de qualquer decisão arbitral pelo incidente de suspensão. A impugnação da sentença arbitral somente poderá ser feita por meio de ação anulatória ou impugnação ao cumprimento de sentença (essa espécie de defesa pressupõe a existência de uma sentença arbitral condenatória, que esteja sendo executada perante o Poder Judiciário).

Todavia, caso seja deferida contra o ente estatal uma liminar no contexto de uma ação anulatória de sentença arbitral, não há dúvida de que será cabível o incidente de suspensão, uma vez preenchidos os requisitos legais¹³.

3.3 Execução nos termos do artigo 730 do Código de Processo Civil e necessidade de expedição de precatórios

Discute-se em sede doutrinária se de fato existiria execução contra a Fazenda Pública. Esse debate justifica-se em função da disciplina jurídica a que o Estado se submete em juízo, com normas de direito público, as quais derogam parcialmente os artigos referentes à execução tradicional.

Em geral, a execução por quantia certa contra devedor solvente tem por finalidade específica satisfazer o credor, normalmente através de técnicas expropriatórias de bens, quando o pagamento não se realizar de forma espontânea. Todavia, quando a pessoa jurídica de direito público

¹³ Nesse sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 173.

é o devedor, as regras gerais de expropriação não têm aplicação, pois os bens públicos são impenhoráveis e inalienáveis.

Dessa forma, quando a Fazenda Pública for devedora, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para satisfação do crédito. Os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo erário, merecendo um tratamento específico a execução intentada contra pessoas jurídicas de direito público, a fim de adaptar as regras pertinentes à disciplina constitucional do precatório.

Em geral, todas as modalidades executivas podem ser aplicadas contra a Fazenda Pública, com regulamentação específica de direito público, as quais derrogam parcialmente o regime geral executivo.

A Fazenda Pública pode se submeter à execução de natureza pecuniária, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Contudo, a execução pecuniária será regida pelo artigo 730 e seguintes do Código de Processo Civil e o pagamento será realizado pela sistemática dos precatórios ou de Requisição de Pequeno Valor, a depender do montante do débito. Essa sistemática possui disciplina constitucional e sempre deve ser obedecida.

O regime do cumprimento de sentença não se aplica à execução contra a Fazenda Pública (artigo 475-J do CPC). Contudo, as regras de liquidação de sentença, previstas nos artigos 475-A ao 475-H do CPC são plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público.

Ajuizada a execução contra a Fazenda Pública, esta é citada para, querendo, opor embargos do devedor no prazo de 30 dias. Não apresentados os embargos, ou vindo a ser rejeitados, o juiz determina a expedição de precatório ao Presidente do respectivo tribunal para que reste consignado à sua ordem o valor do crédito, com requisição às autoridades administrativas para que façam incluir no orçamento geral, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente. Vale ressaltar que a sentença que rejeita os embargos à execução não se sujeita ao reexame necessário, pois o reexame já foi procedido em relação à sentença do anterior processo de conhecimento.

O tratamento atribuído ao Estado, quando sujeito passivo de uma execução, não visa proteger o governo ou determinado agente público, mas sim assegurar o patrimônio público, que pertence a toda sociedade.

Dessa forma, o prazo de trinta dias para oposição de embargos à execução é justificável em razão do grande volume de execuções contra a fazenda pública em andamento, em todo o país. Muitas vezes, não existem advogados públicos suficientes, equipamentos adequados e recursos em geral para administrar essa enorme litigiosidade. Assim, o prazo em questão protege o interesse público primário e secundário.

Da mesma forma a sistemática de precatórios. Como a grande quantidade de ações executivas contra o Estado, faz necessário o estabelecimento de uma ordem cronológica de pagamentos, para que os entes públicos possam honrar suas dívidas, sem comprometer os investimentos necessários à saúde, educação, execução de políticas públicas e administração governamental em geral.

A partir de tais premissas, pode ser afirmado que a sentença arbitral não se submete à sistemática do artigo 730 do Código de Processo Civil para fins de execução. Isso porque essa sentença arbitral já deve possuir uma condenação em valor certo, sem a necessidade de um procedimento executivo autônomo. Todavia, a aplicação da sistemática dos precatórios é obrigatória, e razão de sua previsão constitucional. Além disso, não se pode admitir que a sentença arbitral tenha uma maior efetividade e celeridade no pagamento em relação às sentenças proferidas no processo comum.

4 EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS

As experiências concretas envolvendo arbitragem com a participação do Poder Público ainda são pequenas, contudo, alguns casos são significativos e merecem um estudo detalhado, que possa auxiliar na jurisprudência futura.

4.1 *Leading case*: Construtora Celi vs. Estado de Sergipe

O caso pioneiro envolvendo a arbitragem com a Administração Direta ocorreu no Estado de Sergipe, no ano de 2011¹⁴.

No conflito em questão, a Construtora Celi Ltda requereu o estabelecimento de compromisso arbitral em face do Estado de Sergipe, relatando que, após vencer licitação, firmou o contrato nº 46/2004 com a SEMPLANTEC (Secretaria de Estado de Planejamento, Ciência e Tecnologia), objetivando a execução de obras complementares da adutora do Piautinga. Asseverou que após a finalização das supramencionadas obras restaram, em virtude do inadimplemento do requerido, verbas a receber, sendo que, no contrato norteador do certame avençado existia cláusula submetendo a solução de qualquer controvérsia ao juízo arbitral.

O Estado de Sergipe recursou se submeter ao procedimento arbitral, afirmando que os interesses em jogo eram indisponíveis e o Estado jamais poderia se afastar da jurisdição estatal.

14 Autos n. 200911801550, 18ª Vara Cível de Aracajú.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição concedeu o provimento jurisdicional pleiteado, nos seguintes termos

A par de tais considerações, por livre convencimento motivado e fundamentado, julgo procedente o pedido entabulado para instauração do procedimento arbitral e, em consequência, EXTINGO o processo, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil.

Por fim, dando seguimento ao fluxo procedimental estatuído em casos tais, delimito, nos exatos termos do § 1º do art. 9º c/c o art. 10 da Lei 9307/96 os indicadores necessários do compromisso arbitral: Partes – Construtora Celi Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.031.257/0001-52, com sede social na Av. General Calazans, no 862, CEP: 49.065-420 e o Estado de Sergipe, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº 13.128.798/0001-01, com sede na Av. Adélia Franco, nº 3305, Grageru, Aracaju/SE; Árbitro – Fred Rollemberg Gois, Engenheiro Civil, Rua Lagarto 1285; Objeto – reajuste dos preços, inadimplência do requerido e recebimento dos valores contratados em relação ao contrato nº 46/2004; Lugar – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial de Sergipe (CAMAE/SE), localizada na Rua José do Prado Franco, 557, Centro.

Por meio de acórdão prolatado em 11 de dezembro de 2012, foi negado provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Sergipe. Vale apenas destacar trecho do voto do Desembargador Cezário Siqueira Neto (relator):

Pois bem.

Como dito, a empresa autora ingressou com o presente Compromisso Arbitral pela via judicial, já que o Estado de Sergipe não concordou em se submeter ao procedimento da arbitragem, e a cláusula compromissória nada dispõe sobre a nomeação de árbitros, razão pela qual a controvérsia deve ser submetida ao Poder Judiciário, cujo acesso pelas partes contratantes que tenham optado pela via arbitral é plenamente garantido pela Lei de Arbitragem.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já selou a plena constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206/EP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/04/2004), concluindo que

a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Nesse diapasão, não vejo qualquer empecilho para a instauração da arbitragem no caso em tela, porquanto tenham as partes manifestado sua intenção em dirimir os conflitos que eventualmente surgissem entre elas por meio do juízo arbitral.

Sobre a alegação de impossibilidade de estabelecimento de cláusula arbitral em contratos administrativos, não vejo como prosperar.

Isso porque a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral é defendida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, amparado em posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não só em relação a sociedades de economia *mista e empresas públicas*, mas ao *Poder Público em geral*.

Atualmente, o processo se encontra em fase de recursos extremos junto aos tribunais superiores em Brasília.

Esse é o primeiro caso que se tem notícia de utilização do procedimento arbitral em face da Administração Direta. O que mais surpreende neste processo, foi a postura do Estado de Sergipe, por meio de sua Procuradoria Geral em se recusar à arbitragem, alegando que tal procedimento seria imponível contra a Administração Pública. Referida postura atenta contra a boa-fé contratual, tendo em vista que o contrato foi assinado pela Administração com cláusula de arbitragem.

4.2 A experiência paulista

A experiência bandeirante em arbitragem é vasta no que concerne à Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista), mas ainda é inexistente na Administração Direta.

Um dos mais importantes casos envolvendo empresas estatais paulistas ocorreu recentemente com a Companhia do Metropolitano de São Paulo (METRO/SP) no âmbito do contrato de Parceria Público-Privada para construção da Linha Quatro/Amarela.

Em referida controvérsia, instaurado painel arbitral na Câmara de Comércio Internacional (CCI), para fins de reequilíbrio econômico-

financeiro do contrato, o METRO/SP ajuizou um mandado de segurança, contra decisão arbitral que indeferiu pedido de realização de prova pericial. A ação mandamental foi distribuída na 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital/SP, sob o número 053.10.017261-2 e a Juíza Maria Gabriella Pavlóoulos Spaoloni, com os seguintes fundamentos:

A decisão proferida pelo Tribunal Arbitral no tocante ao indeferimento da prova pericial não encontra harmonia com o Princípio da Razoabilidade e da própria Supremacia do Interesse Público sobre o interesse do consórcio Via Amarela. Propiciar a realização de prova traduz-se em conferir certeza ao valor efetivamente justo para o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro.

A liminar em questão foi posteriormente cassada em sede de Agravo de Instrumento, contudo o Tribunal de Justiça de São Paulo sequer ingressou no mérito do conflito e apenas considerou indevida a ingerência do Poder Judiciário no conflito (autos nº 0284191-48.2010.8.26.0000).

Em 16 de julho de 2012 foi proferida sentença, a qual reconheceu a decadência do mandado de segurança, tendo em vista que o *Writ* foi interposto em prazo superior a 120 (cento e vinte) dias da decisão originária que indeferiu a prova pericial.

O Estado de São Paulo ainda possui outras experiências com empresas estatais, todavia o caso supramencionado é o de maior vulto até o presente momento. Há notícias de que, em breve, a Administração Direta Paulista se envolverá em uma arbitragem, mas em razão do sigilo que ainda envolve o caso, nada poderá ser comentado na presente obra.

4.3 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

4.3.1 Considerações acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Um dos primeiros julgados em que o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar a possibilidade de um ente público se submeter à arbitragem foi julgado em 1973 e ficou conhecido pela jurisprudência como “Caso Lage”.

Referido caso envolve a incorporação, em 1942, dos bens das denominadas “Organizações Lage” e do espólio de Henrique Lage, no contexto do Estado de Guerra, os quais foram transferidos à União. Tais bens eram compostos, basicamente, por empresas de navegação, estaleiros e portos.

Devido às vicissitudes na fixação de preços de indenizações devidas a título de indenização, surgiu a proposta de resolução do conflito pela via arbitral. Após intenso debate político, foi editado um Decreto-Lei, pelo então presidente da República Eurico Gaspar Dutra, que determinou a incorporação dos bens privados à União e afirmou que a indenização deveria ser fixada através de uma arbitragem.

A sentença arbitral foi proferida no ano de 1948, com a fixação dos valores devidos a título de indenização. Todavia, no ano de 1952, sob o governo de Getúlio Vargas, foi emitido parecer pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, arguindo a inconstitucionalidade do juízo arbitral, de modo que a abertura de crédito para pagamento da indenização fixada em sentença foi rejeitada pelo Congresso Nacional.

Assim, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal que, em 1973, decidiu pela constitucionalidade do juízo arbitral envolvendo o Poder Público. Nesse sentido, vale transcrever a ementa do julgado:

1 – Legalidade do Juízo Arbitral, que nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2 – Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional [...]

A despeito da importância desse julgado, enquanto precedente histórico, vale ressaltar que o caso era bastante peculiar. Isso porque não se trata de uma arbitragem decorrente de um contrato administrativo celebrado pelo Poder Público, mas sim de um ato de expropriação, praticado em contexto de guerra, no qual o governo determinou a arbitragem por meio de Decreto-Lei (ato normativo com o mesmo vigor de uma lei ordinária atual)¹⁵.

15 Essa opinião também é manifestada por SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011. p. 229.

Outro julgado, digno de nota, proferido pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à própria constitucionalidade da Lei de Arbitragem, proferido nos autos do pedido de Homologação de Sentença nº 5.206, de dezembro de 2001, relator ministro Supulveda Petence. No acórdão prolatado, os ministros fixaram o entendimento de que o contido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que afirma que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” não é incompatível com a arbitragem.

Na homologação de sentença supramencionada, foi compreendido que a Lei Federal nº 9.307/96 faculta às partes a possibilidade de se submeterem à arbitragem. Sendo assim, não seria ‘a lei’ que excluiria um conflito da apreciação do Poder Judiciário, mas sim ‘as partes’ (capazes, em direitos patrimoniais disponíveis) que renunciariam a esse direito, através da Lei de Arbitragem.

Após esse caso, outros acórdãos foram proferidos, sufragando a mesma tese¹⁶.

4.3.2 Considerações acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência amplamente favorável à utilização da arbitragem pelo Poder Público, já manifestada em diversos acórdãos.

Nos autos do Recurso Especial nº 61.439-RS, em conflito estabelecido entre Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul e AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., acerca de contrato de comercialização de energia, o STJ posicionou-se favoravelmente à cláusula arbitral, que obrigava as partes a se submeterem à arbitragem.

Referido precedente se refere à sociedade de economia mista (pessoa jurídica de direito privado), de modo que esse fato foi considerado pelo STJ durante o julgamento, que sufragou a validade da cláusula arbitral, principalmente por se tratar de empresa estatal que realiza atividade econômica.

Outro importante julgamento ocorreu nos autos do Mandado de Segurança nº 11.308-DF, julgado em 2008, no qual foi decidido pela possibilidade de arbitragem quanto a direitos patrimoniais do Estado, em caso envolvendo concessão de serviços públicos e a interpretação do artigo 23 da Lei Federal nº 8.987/95.

Em referido precedente, envolvendo contrato de arrendamento mercantil da Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A, O STJ manteve seu

16 Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 212—RJ; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 475.917-SP; Sentença Estrangeira n. 6.753-7/Grã-Bretanha e Irlanda do Norte; entre outros.

posicionamento quanto à arbitragem envolvendo direitos patrimoniais disponíveis de sociedade de economia mista. Os trechos transcritos abaixo são esclarecedores:

A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. [...]

Assim, podemos concluir que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é favorável à arbitragem em contratos administrativos envolvendo direitos disponíveis de empresas estatais. Contudo, referida corte ainda não teve a oportunidade de apreciar casos envolvendo a Administração Direta, de modo que não se pode prever qual será o comportamento da Corte para casos desse jaez.

5 CONCLUSÃO

O advento da Lei Federal nº 9.307/96 provocou uma ruptura na forma de resolução de conflitos, entre as partes capazes, em relação aos direitos patrimoniais disponíveis. Referida norma instituiu uma regulamentação clara acerca do procedimento arbitral, tornando-o uma alternativa em relação ao processo judicial tradicional, o qual, em muitos casos não tinha aptidão para proporcionar uma decisão tecnicamente adequada, em tempo hábil, com certa segurança jurídica.

A lei supramencionada trouxe os conceitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva. O primeiro conceito revela a possibilidade de se submeter certo conflito ao juízo arbitral, o qual foi delimitado pela lei exclusivamente aos direitos patrimoniais disponíveis. Já o segundo conceito se refere à capacidade das pessoas de se submeterem à arbitragem (somente pessoas capazes).

A discussão que se coloca na presente monografia é o estudo da possível arbitrabilidade do Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público interno.

O Estado possui arbitrabilidade subjetiva, tendo em vista que possui capacidade de direito.

Ainda assim, o Poder Público também pode possuir arbitrabilidade objetiva, no que se refere aos conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, vale ressaltar que o interesse público primário é sempre indisponível, mas o patrimônio público pode ser disponível.

A partir de tais premissas, iniciou-se o debate acerca da utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Inicialmente, grande parte dos estudiosos se mostrou contrário a essa prática. Contudo, o amadurecimento em torno da matéria propiciou alterações legislativas que autorizam a arbitragem, como o artigo 23-A da Lei Federal 8.987/95.

Atualmente, diante da necessidade de obtenção de empréstimos internacionais para realização de grandes obras de infraestrutura, a arbitragem também se tornou compulsória, tendo em vista que certas entidades internacionais somente realizam empréstimos diante da cláusula compromissória prevista em contratos.

A utilização da arbitragem já é uma realidade consolidada nas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), inclusive com ampla aceitação jurisprudencial. Todavia, o tema ainda representa um tabu para a Administração Direta.

As experiências brasileiras envolvendo a instituição de arbitragem pela Administração Direta ainda são incipientes, sendo que o *leading case* ocorreu no Estado de Sergipe, em caso envolvendo contrato de obra com a construtora Celi.

Em referido litígio, o Estado, após a celebração de contrato com cláusula compromissória, se recusou a aderir à arbitragem. O argumento invocado para tal foi a indisponibilidade do interesse público. A questão foi judicializada e o magistrado da vara cível da comarca de Aracajú proferiu sentença condenatória contra o Estado de Sergipe, obrigando-o a se submeter à arbitragem.

Após a análise de diversos casos e estudos comparativo da doutrina, pode-se concluir que as prerrogativas processuais previstas para a Fazenda Pública no processo judicial comum não são aplicáveis na arbitragem. Em referido procedimento, não se admite prazos diferenciados, reexame necessário, suspensão de segurança, entre outros instrumentos. Todavia, a sentença arbitral deverá, obrigatoriamente, se sujeitar à sistemática do precatório, tendo em vista a sua previsão constitucional. Além disso, a sentença arbitral não poderá ter um valor maior que a sentença judicial comum, proporcionado pagamento imediato, em detrimento dos demais credores estatais.

A utilização da arbitragem pelo Poder Público tende a se intensificar com o correr dos anos. Essa modalidade procedimental tende a ser saudável para os entes estatais, por proporcionar decisões mais céleres e mais qualificadas, sob o ponto de vista técnico. Espera-se que os administradores públicos se convençam de tais vantagens.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *A arbitragem e os conflitos sociais no Brasil*. São Paulo: LTR, 2000.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 1, n. 2. São Paulo: RT, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRECEDENTES JUDICIAIS: PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS NO STJ

BINDING PRECEDENTS: SUPERIOR COURT PROCEEDINGS

*Carla Maria de Medeiros Pirá
Procuradora da Fazenda Nacional
Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral
do Estado de São Paulo – ESPGE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Precedentes como fonte de direito: grau de persuasão; 2 Procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: Os precedentes judiciais como fonte de direito vem proporcionando aceleração processual, isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. O procedimento estabelecido no artigo 543-C do Código de Processo Civil utiliza a amostragem para decidir demandas repetitivas. O artigo aborda as etapas do julgamento, definição do recurso paradigmático, a extrapolação dos efeitos da decisão para as causas idênticas, e o grau de efetividade da adoção destes precedentes nas instâncias inferiores e no próprio STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Demandas Repetitivas. Amostragem. Recursos Especiais.

ABSTRACT: The judicial precedent as a source of law been providing procedural acceleration, equality and legal certainty to courts. The procedure laid down in article 543 C of Civil Procedure Code uses sampling to determine repetitive demands. The article covers the stages of the trial, selecting paradigm question, extrapolation of effects of the decision to the identical causes, and the degree of effectiveness of these procedures in Trials and Superior Court.

INTRODUÇÃO

A ordem constitucional democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, garantiu aos cidadãos brasileiros e àqueles residentes no país o acesso à justiça como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Desde então, a evolução da sociedade e da economia vem elevando o número de ações propostas.

Para dar conta desta evolução e dar tratamento isonômico aos jurisdicionados, a legislação foi sendo alterada para permitir o tratamento coletivizado de demandas individuais, na forma do micro sistema de ações coletivas que tem no Código de Defesa do Consumidor sua principal fonte.

Mas, o tratamento coletivizado dos direitos individuais não impediu a propositura de demandas individuais e, não raro, é a ocorrência de inúmeras ações que versam sobre a mesma questão tramitando em diversos tribunais do país.

Uma das consequências deste fenômeno foi o surgimento de decisões judiciais diferentes sobre a mesma questão de direito e, a multiplicação do número de recursos às Cortes Superiores, gerando descrédito no Poder Judiciário, sensação de insegurança jurídica e estímulo à proliferação de demandas.

A utilização dos precedentes como fonte de direito é técnica de aceleração do trâmite processual que visa a evitar a protelação provocada por recursos que não tem condições de prosperar, posto que a questão já encontra jurisprudência dominante na Corte Superior. Desta forma, as sucessivas reformas do Código de Processo Civil vem dando conta desta realidade no sentido de alterar o regramento para proporcionar a criação de precedentes judiciais de forma racional, privilegiando a formalização, a hierarquia e o respeito ao contraditório.

Os precedentes vem ganhando força persuasiva e pacificando as divergências, sendo imperativos desde a EC nº 45/2004¹, com a introdução no sistema jurídico das súmulas vinculantes, acentuando a tendência de superação do tradicional sistema da *civil law* para se aproximar do modelo utilizado em outros países, o da *common law*.

1 Emenda Constitucional n.45, de 8 de dezembro de 2004. Art.103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante, decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem com proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Neste artigo, aborda-se os procedimentos de uniformização e criação da jurisprudência que visam a dar celeridade e isonomia ao processo. Com especial ênfase, no procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça com a adoção da técnica de julgamento por amostragem.

1 PRECEDENTES COMO FONTE DE DIREITO. GRAU DE PERSUASÃO

No Direito brasileiro, tradicionalmente codificado, a principal fonte de direito é a lei. Este sistema jurídico é denominado *civil law*.

O artigo 126 do atual Código de Processo Civil enumera as fontes de direito e determina que o juiz deverá utilizar-se das normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito no mister de cumprir sua missão constitucional de prestação da tutela jurisdicional, ínsita no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988.

O sistema processual brasileiro codificado é tradicionalmente calcado na solução de conflitos individuais, com efeitos *inter partes*. Com o crescimento das questões de massa e a necessidade de dar tratamento aos direitos coletivos, a legislação processual passou a regulamentar procedimentos nos quais as decisões judiciais possuem eficácia *pan processual*, como é o caso das decisões nas ações civis públicas, ações populares e nas ações coletivas com fundamento nos direitos do consumidor.

O incremento da utilização dos precedentes judiciais como técnica de aceleração do processo é um fenômeno irreversível. Modificando a concepção tradicional, o efeito das decisões judiciais é projetado para fora do processo no qual foi originada para atingir a todos os demais que ostentem questão análoga, aproximando o clássico sistema judicial brasileiro do sistema da *common law* adotado em outros países.

Barbosa Moreira² observou com pertinência esta tendência quando comentou a Lei 9.756/1988, que introduziu no Código de Processo Civil a atual redação do artigo 557, permitindo o julgamento monocrático de recurso pelo relator com fundamento unicamente em precedente do próprio tribunal ou de tribunais superiores, proferindo o seguinte comentário: “a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai-se insinuando pé ante pé, sorratamente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simples bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos”.

2 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Algumas inovações da Lei n.9756 em matéria de recursos civis*. Temas de Direito processual - Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p.85-86, apud RAATZ, Igor. Reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. In: RePro, RT: v. 199, p.160/161. set./2011.

O mesmo autor³ pronuncia-se no sentido de que a fundamentação dos acórdãos proferidos pelos próprios tribunais superiores também dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes ao caso *sub iudice*.

Já para a doutrina do Professor Fredie Didier Jr., o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Esta corrente destaca a função criadora do juiz, visa a conferir maior racionalidade e celeridade à entrega da prestação jurisdicional, promove a unidade de interpretação da lei e aplica o direito à realidade, na qual a multiplicação de demandas segue a massificação das questões da sociedade.

Na prática, o prestígio dado ao uso dos precedentes eleva as decisões judiciais ao nível das fontes de direito, sendo a interpretação da lei e não mais a própria lei a fonte de direito predominante no sistema.

Cita-se o trecho do Acórdão da lavra do Min. Castro Filho: “Ainda que as súmulas não sejam lei em sentido formal, traduzem elas o entendimento reiterado dos tribunais no que diz respeito à interpretação de determinada questão” (AgR no Ag nº 428.452/MS).

O grau crescente de formalização e hierarquização destas decisões impõe força persuasiva e obrigatória ao juiz, como no caso da súmula vinculante, que trata de matéria constitucional e possui o grau máximo de imposição, obrigando não só o Poder Judiciário, mas, também, a Administração.

O uso de precedentes está presente em vários artigos do Código de Processo Civil vigente, como por exemplo nos artigos 518, §1º e 557. O primeiro, impede o recebimento do recurso em primeira instância, quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos Tribunais superiores e, o segundo, permite o julgamento monocrático do recurso pelo relator.

Ainda, o artigo 285-A⁴ do Código de Processo Civil permite a prolação de sentença, dispensada a citação do réu, quando sobre a matéria controvertida (unicamente de direito) já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, houve uma substancial modificação no sistema jurídico nacional para dar às decisões

3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmulas, jurisprudência, precedente: Uma escalada e seus riscos*. Temas de direito processual-Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.300.

4 Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006.

judiciais sumuladas pelo STF o caráter vinculante semelhante à lei, o denominado *binding authority*⁵, advindo do sistema norte-americano.

Ressalta-se que precedente é mais que simples jurisprudência, pois, à luz do caso concreto, estabelece-se um núcleo essencial da decisão, tese jurídica, que será a diretriz para julgamento de causas análogas.

Reiterados os julgamentos, consolida-se o convencimento da Corte até que a tese seja sumulada.

O uso dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, apesar da semelhança ao sistema estrangeiro da *common law*, deste se distingue sutilmente, pois, não há uma efetiva técnica de julgamento baseada na comparação em concreto com casos já julgados anteriormente, mas, a introdução de procedimentos de formalização da jurisprudência e utilização desta como técnica de aceleração processual, mantendo-se forte o traço do sistema da *civil law*.

Certo que os precedentes gozam de vigorosa força persuasiva e, o grau de imposição é requisito para a utilização destes precedentes como fundamento das técnicas de aceleração dos processos.

Fatores como a posição hierárquica do órgão prolator dentro da organização do Poder Judiciário; o grau de pacificação da questão dentro do órgão e no sistema judiciário como um todo e, ainda, a formalização do entendimento sobre a questão influenciam diretamente os reflexos dos precedentes nos planos processual e procedimental.

O Professor Fábio Monnerat⁶ propõe a seguinte classificação com base no grau de uniformização e formalização da jurisprudência.

- a) Jurisprudência divergente. É caracterizada pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais, havendo, porém, um número relevante de julgados em mais de um sentido.
- b) Jurisprudência dominante. Pode ser caracterizada, tal qual a divergente, pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas onde é possível a constatação de que um dos entendimentos possui maior aplicação.

5 Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9535&revista_caderno=9>.

6 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Técnicas de Uniformização e Aceleração da Prestação Jurisdicional*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. PUC/SP. 2011.

- c) *Jurisprudência pacificada*. É aquela em que há vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais em um mesmo sentido, sendo inexistentes ou, se existentes, em qualidade irrelevante ou superados, julgamentos que consagrem um entendimento em sentido diverso.
- d) *Jurisprudência sumulada*. É aquela que representa formalmente a *jurisprudência pacífica*, ou dominante, e emerge de um procedimento específico de reconhecimento da estabilização do entendimento jurisprudencial.

No entender do professor, a súmula vinculante é uma subespécie da última categoria, denominada “*jurisprudência sumulada qualificada*” por sua força impositiva.

Em 2008, a Lei 11.672 introduziu no sistema processual pátrio o procedimento de julgamento por amostragem e conferiu força persuasiva especial e diferenciada aos precedentes do STJ assim criados, que são conhecidos por “*recursos repetitivos*”.

Esta força especial advém do modelo de julgamento previsto na lei, que traz rito específico e fatores inovadores, como a oitiva de diferentes atores, além das partes, e o julgamento do representativo pela Seção ou Corte Especial do STJ.

O procedimento supera em legitimação a criação de *jurisprudência dominante* ou *pacificada* e o procedimento adotado para a criação de súmulas não vinculantes nos Tribunais Superiores.

Apesar de não possuírem natureza vinculante, os precedentes formados sob as vestes dos artigos 543- C do CPC ostentam um grau de imposição capaz de distinguí-los dos outros precedentes judiciais e tornam a sua aplicação praticamente impositiva às futuras demandas que tratem da mesma questão jurídica. Sua aplicação somente será superada em hipóteses excepcionais.

A não observação dos precedentes formados pela sistemática dos repetitivos pode ensejar a aplicação da penalidade do artigo 557, § 2º, citando-se como exemplo o AgRg no AREsp 246912/RJ⁷.

7 2. ... se no agravo regimental a parte insiste apenas na tese de mérito já consolidada no julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, é certo que o recurso não lhe trará nenhum proveito do ponto de vista prático, pois, em tal hipótese, já se sabe previamente a solução que será dada ao caso pelo colegiado” (Questão de Ordem no AgRg no REsp 1.025.220/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgada em 25/03/2009).

3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa no percentual de 1% (um por cento) do valor da causa, com fundamento no artigo 557, § 2º, do CPC. AgRg no AREsp 246912/RJ.” (grifo acrescido)

Outra consequência da prática desta força persuasiva especial, encontra-se nas determinações do Parecer PGFN/CRJ/nº492/2010 da Procuradoria da Fazenda Nacional que dispõe sobre a dispensa de apresentação de contestação e recursos em face de decisões contrárias à Fazenda Pública que estejam em consonância com precedentes judiciais formados pela sistemática dos artigos 543 B e C, veja-se o trecho *in verbis*:

1.O precedente judicial, oriundo do STF/STJ, formado nos moldes dos arts. 543-B e 543-C do CPC ostenta uma força persuasiva especial e diferenciada, de modo que os recursos interpostos contra decisões judiciais que os aplicarem possuem chances reduzidas de êxito. Assim, critérios de política institucional apontam no sentido de que a postura de não mais apresentar qualquer tipo de recurso (ordinários/extraordinários), nessas hipóteses, é a que se afigura como a mais vantajosa, do ponto de vista prático, para a PGFN, para a Fazenda Nacional e para a sociedade. Nessa mesma linha, também não há interesse prático em continuar contestando pedidos fundados em precedentes judiciais formados sob a nova sistemática.

2 PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

O procedimento abordado não trata tão somente de dirimir a controvérsia instaurada, mas, sim, de prevenir o surgimento de decisões controvertidas.

A Lei 10.259/2001 foi precursora na matéria, prevendo no artigo 14 o procedimento de uniformização de interpretação de lei federal utilizado nos Juizados Especiais.

Neste procedimento não há amostragem, ou seja, prescinde da determinação de um recurso piloto ou representativo da controvérsia. Ao verificar a multiplicidade de demandas, o magistrado remeterá a precursora e não remeterá as subseqüentes ao Tribunal Superior, mantendo-as no tribunal *a quo* até o julgamento daquelas já admitidas inicialmente.

O procedimento de julgamento por amostragem foi criado pela Lei 11.418/2006, com a introdução do 543-B no CPC. O artigo regulamenta o instituto da repercussão geral, trazido no bojo da reforma constitucional de 2004, como requisito de admissibilidade de recursos extraordinários.

A Lei 11.672/2008 veio estender o uso deste procedimento aos recursos especiais, introduzindo no CPC o artigo 543-C. Este distingue-se daquele por não criar um requisito de admissibilidade, mas, por

estabelecer um rito processual a ser adotado quando existirem um número significativo de recursos especiais sobre a mesma questão de direito.

A Ministra Nanci Andrighi⁸ argumenta que a sistemática dos repetitivos, além do efeito quantitativo (desaçoamento do STJ), leva a melhoria qualitativa das decisões do STJ. Afirma que o procedimento permite o reconhecimento e dá tratamento adequado às causas de maior complexidade, além de ampliar a cognição sobre a matéria.

O mecanismo traz a possibilidade de aprofundar a análise dos temas, permitir a observação de novas leis sobre as quais ainda não haja precedentes, corrigir equívocos na formulação pregressa de entendimentos já consolidados e trazer a participação de *amicus curiae*, do Ministério Público e dos próprios tribunais de segunda instância ao debate da questão.

A Lei 11.672/2008 teve imediata aplicação, atingindo os recursos já interpostos por ocasião do início de sua vigência.

Para regulamentar o procedimento foi editada a Resolução/STJ nº 8, de 07 de agosto de 2008.

A resolução dispõe que no caso de multiplicidade de recursos especiais com fundamento na mesma questão de direito, caberá ao presidente (vice-presidente) do tribunal recorrido selecionar o recurso(s) que será(ão) o(s) representativo(s) da controvérsia, também denominado “recurso-piloto”, pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, ou, *leading case*.

Somente os selecionados serão remetidos ao STJ, ficando todos os demais sobrestados (suspensos) na instância inferior até o pronunciamento definitivo sobre a questão.

Não adotada a providência pelo tribunal de origem, a lei processual faculta ao relator do recurso especial determinar, *ex officio*, a suspensão nos tribunais de segunda instância.

Admitido o recurso especial na forma descrita acima, o relator submeterá o julgamento à Seção ou Corte Especial, nesta última hipótese quando a questão for de competência de mais de uma Seção.

Caso verificada a existência de múltiplos recursos especiais sobre a mesma questão jurídica já distribuídos no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro relator da Seção, por simples despacho, poderá afetar o julgamento de um deles à Seção na sistemática do artigo 543-C. Esta decisão será comunicada aos demais Ministros e aos Presidentes dos tribunais estaduais e federais, conforme o caso, para que sejam suspensos os demais recursos especiais.

8 Palestra proferida no 7º Congresso de Direito Bancário, em São Paulo, em 20 maio 2010.

Uma vez identificada pelo Ministro relator a matéria plúrima e afetado o recurso representativo ao órgão julgador, todos os demais recursos especiais que se seguirem naquela matéria serão distribuídos a este órgão por dependência, formando um verdadeiro “bloco de julgamentos”⁹.

O procedimento abriga a saudável ampliação do princípio do contraditório. No julgamento do recurso representativo, ante a relevância da matéria, o relator poderá autorizar a participação de órgãos e entidades interessados na controvérsia, mediante apresentação de manifestos escritos, bem como solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais de origem, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

O Ministério Público tem a função de *custos legis*, atuando em todos os recursos julgados na forma do 543-C.

O julgamento dos recursos repetitivos terá preferência sobre o julgamento dos demais recursos especiais, ressalvados apenas os casos de réu preso e dos pedidos de *habeas corpus*.

Julgado o mérito da controvérsia pela sistemática dos repetitivos, o acórdão paradigma será publicado e, então, surgem duas hipóteses para aqueles recursos especiais que ficaram suspensos nos tribunais de origem.

A primeira delas refere-se à negativa de seguimento, no caso de o acórdão recorrido coincidir com a decisão do acórdão paradigma, na forma preconizada pelo inciso I do parágrafo 7º do artigo 543-C.

Esta decisão não poderá ser combatida na forma do artigo 544 do CPC, citando-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no QO no Ag 1154599: “Não é cabível o agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no artigo 543-C, §7º, inciso I, do CPC...”.

A segunda hipótese será aquela na qual os acórdãos recorridos divergem da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Nesta situação, haverá um novo exame da matéria pelo tribunal de origem.

O tribunal poderá manter a posição divergente por meio de decisão fundamentada esclarecendo a razão pela qual confirmou o acórdão com conclusão contrária àquela a que chegou o STJ no recurso representativo. Em seguida, procederá ao exame de admissibilidade dos recursos especiais, ora suspensos, na forma do artigo 105 da CF, para, então, remetê-los ao STJ.

Em questão de ordem nos REsps 1.148.726/RS, 1.146.696/RS, 1.153.937/RS, dentre outros, a Corte Especial do STJ determinou o

9 SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009. p. 53.

retorno dos autos ao tribunal de origem para que o mesmo se retratasse, ou, caso mantivesse os seus acórdãos declinasse a diferença entre o caso concreto e a situação apreciada pelo STJ no rito dos repetitivos (*distinguishing/overruling*).

Esta situação, disposta no §7º, II, do artigo 543-C, na verdade é análoga ao juízo de retratação, uma vez que permitirá ao tribunal local rever sua posição divergente diante da orientação consolidada pelo STJ no precedente revestido de especial força persuasiva.

A norma não se encontra explicitada no artigo 543-C, nem na Resolução nº 8/2009. Porém, já esteve expressa na Resolução STJ nº 7/2008, revogada pela sucessora de número 8, hoje vigente.

Em verdade, a norma é omissa no caso de retratação no tribunal de origem. Neste caso, em virtude da inversão de sua situação processual, o recorrente poderá valer-se de novo recurso especial alegando inclusive que a questão debatida não é idêntica à que se discutiu no julgamento do representativo.

A título de argumentação, a retratação do tribunal de origem adequando seus acórdãos aos precedentes criados pela técnica dos repetitivos, poderia ser considerada uma afronta o princípio do juiz natural, transferindo por lei ordinária a competência do STJ ao tribunal.

A regra não foi considerada inconstitucional, posto que, em verdade, a decisão será prolatada pelo tribunal de origem por razões funcionais. O conteúdo decisório, matéria atinente ao julgamento pelo STJ, preserva a competência constitucional do Tribunal Superior.

A Resolução nº 8/2009 estende o procedimento nela instituído ao julgamento de agravos de instrumento interpostos contra decisões de não admissão de recursos especiais nos tribunais de origem, na forma do artigo 544 do CPC.

Sob a perspectiva teleológica, a finalidade do artigo 543-C não é apenas de desobstruir o Tribunal superior, mas, acima disto, homogeneizar as decisões, proporcionando decisões iguais para situações iguais.

Nesta toada, conferindo força persuasiva diferenciada às decisões de mérito exaradas pelo rito dos repetitivos, recentemente, foi editada a Resolução nº 17/2013¹⁰, ampliando os poderes do Presidente do STJ, que poderá negar seguimento ou provimento aos recursos que sejam contrários à matéria julgada em recurso representativo da controvérsia, antes da distribuição dos feitos aos Ministros.

10 RESOLUÇÃO STJ N. 17 DE 4 DE SETEMBRO DE 2013.

Dispõe sobre a competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça para, nas hipóteses que especifica, julgar os feitos antes da distribuição aos ministros e dá outras providências.

Verificada a subida de recursos fundados na mesma questão submetida ao rito do art. 543-C, o Presidente do tribunal poderá determinar a devolução destes ao tribunal de origem, para aguardar o julgamento do recurso piloto.

A mesma resolução prevê a possibilidade de devolução de novos recursos ao tribunal de origem, para os efeitos dos incisos I e II do § 7º do art. 543-C, ressalvada a hipótese do § 8º do referido artigo, se já proferido julgamento de mérito do recurso representativo da controvérsia.

Da decisão do Presidente caberá agravo regimental, na forma do regimento interno do Tribunal.

2.1 Critérios para a Escolha do Recurso Representativo da Controvérsia

A escolha do acórdão representativo da controvérsia, *leading case* ou recurso piloto, compete ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, ou, ao próprio Ministro Relator do STJ na hipótese do § 2º do art. 543-C.

A lei processual e a Resolução STJ nº 8/2009 estabelecem que a escolha do recurso representativo deva seguir dois parâmetros. O primeiro refere-se à existência uma quantidade expressiva de recursos sobre a mesma questão de direito e, o segundo, que a escolha deverá recair sobre aqueles que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

Para haver representatividade na escolha, esta deverá contemplar pelo menos um acórdão de cada Ministro Relator, conforme dispõe o §1º do artigo 1º da mencionada resolução.

A escolha do(s) recurso(s) representativo(s) não prescinde do exame de admissibilidade, nos termos do artigo 542, §1º, do CPC. O regime do duplo juízo de admissibilidade segue hígido de forma que a admissão do recurso especial pelo tribunal de origem, mesmo sob as vestes de representativo de controvérsia, não vincula o STJ.

A discussão sobre o possível julgamento “em tese” de recursos afetados pelos tribunais de origem como representativos, independentemente da possibilidade de conhecimento ao crivo do juízo de admissibilidade do STJ foi travada pela Ministra Nancy Andriighi na QO no Resp 1.087.108/MS, julgado em 16/02/2009.

Ficou, então, decidido pelo Tribunal superior que diante da impossibilidade de admissão do recurso representativo, o Ministro relator indeferirá a instauração do incidente do artigo 543-C, negando seguimento ao recurso especial escolhido pelo tribunal de origem, agindo com fundamento no artigo 557 do CPC.

O efeito externo do acórdão do recurso especial julgado pela técnica dos repetitivos só existirá quando a controvérsia, apresentada no recurso afetado, puder ser solucionada no mérito.

A decisão denegatória de instauração do procedimento será comunicada ao tribunal local para que este levante a suspensão do processamento dos demais recursos (§1º do art. 543-C), ou, se assim entender, afetar um novo recurso especial com a mesma controvérsia que não possua o óbice apontado.

Superada a fase de admissibilidade, outros parâmetros deverão nortear a escolha do recurso representativo para instauração do procedimento de julgamento por amostragem, porém, não há qualquer previsão legislativa neste sentido. A lei processual remete aos regimentos internos dos tribunais.

A escolha do recurso representativo deve ser pautada pela abrangência das teses envolvidas no acórdão, nas fundamentações das razões e contra razões do recurso especial, pois, os efeitos do julgamento serão estendidos aos casos semelhantes.

Não há critério legal para definição de quantidades, ou, qualquer parâmetro estatístico para a seleção da amostra, apenas são apontados alguns parâmetros na Resolução STJ nº 8/2009¹¹:

Em publicação coordenada pela Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier, o advogado Victor Toffoli¹², resume em quatro os critérios a serem utilizados na escolha do recurso representativo da controvérsia:

- 1º) O número de recursos a serem analisados para se chegar ao paradigma, em função da determinação de que os tribunais deverão escolher pelo menos um recurso de cada relator.
- 2º) Os recursos selecionados devem conter a maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.
- 3º) O recurso representativo deverá ter como objeto a questão mais abrangente. Este critério atende ao disposto no §2º do artigo 1º da Resolução STJ nº 8/2009.

11 Art.1º ..

§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.

12 TOFFOLI, Victor. Recursos Especiais repetitivos: Critério de Seleção dos Recursos Paradigmas. In: *Revista de Processo*. v. 36. São Paulo: n.197, julho, 2011. p.283/284.

- 4º) Em existindo acórdãos que tenham sobre a mesma questão de direito soluções opostas, ambos deverão ser selecionados como paradigmas.

Anote-se ainda que não há direito subjetivo da parte à escolha de seu recurso especial como representativo da controvérsia e, tampouco, há recurso cabível contra o ato de afetação.

Situação relevante diz respeito à escolha do recurso representativo no caso de concorrem ações individuais e coletivas sobre a mesma questão de direito.

Não é raro o ajuizamento de ações coletivas e individuais com o mesmo objeto principal¹³. Como é sabido, o tratamento coletivo não elimina a possibilidade dos vários legitimados ingressarem em juízo e, nem mesmo de demandas individualizadas.

Luis Rodrigues Wambier, considera que na hipótese de haver um grande número de ações individuais e coletivas, sobre a mesma questão de direito, sendo afetado pelo tribunal de origem um recurso individual para julgamento pelo artigo 543-C, deveria ser também selecionado um recurso interposto em ação coletiva. Desta forma, a discussão seria enriquecida pelos fundamentos trazidos em cada um deles, sobretudo em relação à natureza do direito sob exame.

Quando se tratar de concorrência de demandas coletivas e individuais, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento pela harmonização do sistema, precedente no REsp 1.110.549/RS, admitindo o sobrestamento das demandas individuais até o julgamento de recurso especial pelo rito dos repetitivos, confira-se no trecho do Acórdão, abaixo reproduzido:

No caso, o TJ/RS, apreciando demanda sobre o cumprimento da Lei 11.738/2008 (piso salarial do magistério da educação pública), determinou a suspensão de ações individuais até o julgamento da ação civil coletiva sobre a mesma controvérsia ajuizada pelo Ministério Público, e o fez invocando o precedente do STJ no REsp 1.110.549/RS, [...] ((AgRg nos EDcl no AREsp 201385/RS)

2.2 A Suspensão dos Recursos Especiais na Origem

A suspensão dos demais recursos não selecionados que versem sobre a mesma matéria, precede o juízo de admissibilidade do recurso

¹³ O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor dispõe: "as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art.81, não induzem litispendência para as ações individuais..".

especial pelo Tribunal *a quo*. Este juízo somente será realizado na hipótese do §8º do art. 543-C.

A decisão é da competência do Presidente ou Vice-Presidente dos tribunais, conforme regimento interno, ou, do Ministro Relator e será certificada nos autos.

As razões para a suspensão do processamento dos recursos especiais na origem tem em conta evitar a remessa ao STJ, sobrestamento, e, ainda, evitar que os tribunais locais venham a praticar atos desnecessários, assegurando que a decisão no recurso selecionado seja útil aos processos sobrestados, promovendo a prestação jurisdicional homogênea, efeito suspensivo.

Então, a despeito do §2º do artigo 542 do CPC, que determina que o recurso especial seja recebido no efeito devolutivo, na espécie, a decisão de sobrestamento, respaldada na Lei 11.672/2008, não se presta apenas a obstar o trâmite dos recursos, mas, também, a obstar a eficácia das decisões por meio deles impugnadas. Porquanto, seria inútil o procedimento repetitivo, caso, a decisão recorrida já tenha produzido efeitos, por vezes lesivos à parte ou de difícil reparação. Trata-se também da aplicação imperiosa do princípio da isonomia.

O efeito suspensivo aos recursos especiais já foi deferido pelo STJ em situações¹⁴ excepcionais quando presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Há discussão acerca da razoável duração do processo em face da suspensão preconizada na lei dos repetitivos, mas, se por um lado o recurso especial ficará sobrestado, por outro, o *leading case* terá prioridade sobre os demais recursos especiais que seguem o rito comum, gerando equilíbrio no sistema.

No entendimento desposado por Teresa Wambier e Maria Lúcia de Medeiros¹⁵, a suspensão deve abranger a realização integral da finalidade do novo sistema e, impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no segundo grau: “a leitura que se deve fazer

14 MC 17.293/SC, o Min. Arnaldo Esteves Lima atribuiu efeito suspensivo ao recurso especial: “Inicialmente, ressalto que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível, em caráter excepcionalíssimo, tal como se verifica no caso em exame, a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial ainda pendente de juízo prévio de admissibilidade pelas instâncias ordinárias, não obstante o teor das Súmulas 634 e 635/STF, desde que, logicamente, se mostrem presentes seus pressupostos autorizadores, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. A propósito: AgRg na MC 14.401/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/11/08; AgRg na MC 16.499/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 27/5/10.”

15 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos Repetitivos: Realização Integral da Finalidade do novo Sistema Impõe mais do que Paralisação dos Recursos Especiais que Estão no 2º Grau. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v.36, jan. 2011. p.192.

da norma é aquela que mais próxima esteja de assegurar a simetria não só verticalizada, mas, também horizontal das decisões, proporcionando maior rendimento ao regime instaurado pelo art. 543-C”.

Para as doutrinadoras, a redação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 543-C deve comportar interpretação extensiva, que implica dizer que o dispositivo legal permite o sobrestamento de todos os recursos especiais, quer daqueles que estejam no tribunal de origem, ou, daqueles que já foram encaminhados ao STJ.

O entendimento doutrinário vai além, considerando que a regra possibilita a suspensão de todos os processos que tenham por objeto a controvérsia sob apreciação do STJ no regime dos repetitivos, ou, de determinados atos nestes processos. Com isto, evitar-se-ia que atos e decisões nas instâncias inferiores fossem incompatíveis com a decisão paradigmática. Também, enfatizam as pesquisadoras que a norma respalda a suspensão da eficácia da decisão impugnada pelo recurso especial sobrestado.

A pioneira Resolução STJ nº 7/2008, no art.1º, §4º, revogada pela Resolução STJ nº 8/2008, estendia a suspensão do §1º do artigo 543-C aos demais recursos e, também aos processos em andamento no primeiro grau. A Resolução STJ nº 8/2008 não traz regramento neste sentido.

Registra-se a recente decisão do Ministro Luiz Fux, no REsp nº 1060210-SC¹⁶, submetido ao rito dos repetitivos, admitindo a suspensão de processos em instâncias ordinárias até o pronunciamento sobre a questão.

Outro ponto que se releva, é a suspensão dos recursos especiais que se encontram distribuídos no Superior Tribunal de Justiça por ocasião da afetação de um recurso representativo para julgamento pelo rito dos repetitivos.

A Corte vem decidindo que não há regramento para que haja a suspensão dos recursos em julgamento, negando a suspensão do feito, como no Acórdão abaixo transcrito:

2. A suspensão de recursos prevista no art. 543-C do CPC destina-se aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados, não se aplicando aos processos já encaminhados ao STJ, por ausência de previsão legal. Precedentes.” AgRg no AREsp 62026/DF

16 “Sob esse enfoque, considerando-se que multifárias ações cognitivas e executivas sobre o mesmo tema, em fases processuais diversas, encontram-se tramitando nos tribunais pátrios, ressoa inequívoca a necessidade de se obstar a prática de atos judiciais potencialmente lesivos às partes e a proliferação de decisões, nas instâncias ordinárias, dissonantes da posição a ser firmada por esta Corte Superior por ocasião do julgamento do recurso paradigmático, de modo a assegurar a eficácia integral desse provimento jurisdicional. Destarte, a interpretação do citado dispositivo do Código de Processo Civil deve ser extensiva a todos os processos que gravitem sobre o mesmo *thema judicandum*, de modo que tenham seu procedimento paralisado, independente da fase em que se encontrem, até que o recurso afetado ao regime dos recursos repetitivos seja julgado.”

O efeito da suspensão pronunciada pelo tribunal de origem atinge somente os processos sob sua jurisdição, não tendo eficácia nacional por força do respeito ao pacto federativo, porém, o STJ poderá estender os efeitos da suspensão a todo o país, no caso em que a tese *sub iudice* tiver impacto em mais de um Estado da federação, ou, mesmo restringir-se a alguns Estados envolvidos na questão.

A suspensão dos demais recursos especiais que versem sobre a questão de direito tratada no recurso representativo abrangerá também os recursos especiais interpostos adesivamente aos recursos que por ventura fiquem suspensos. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras previstas para o recurso independente quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento, conforme a regra contida no parágrafo único do artigo 500 do CPC.

2.3 Meios de Impugnação à suspensão indevida dos recursos especiais na origem

Eventualmente, o recorrente poderá verificar que seu recurso foi indevidamente sobrestado, como, por exemplo, no caso tratar-se de matéria distinta (*distinguishing*) daquela constante do recurso selecionado como representativo, ou, por não se aplicar o precedente ao recurso, em razão de novo contexto fático ou normativo (*overruling*).

Nestes casos, cabe analisar qual seria o recurso cabível para o “destrancamento” do recurso especial no tribunal *aquo*.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou de forma a não admitir o agravo de instrumento, art. 544, para esta situação no .AgRg no Ag 1.223.072/SP¹⁷, da lavra do Ministro Humberto Martins.

Ressalta-se que o agravo não se amolda à decisão de sobrestamento, visto que esta decisão não tem cunho decisório, não equivale à decisão em julgamento de admissibilidade negativo de seguimento do especial.

Fredie Didier¹⁸, entende ser mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao STJ, para que este determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado indevidamente, na perspectiva de que cabe ao STJ e não ao tribunal local a apreciação da distinção (*distinguish ou overruling*).

17 “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. Agravo de Instrumento não é cabível ao caso, uma vez que o juízo de admissibilidade do recurso sequer foi realizado.”

18 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.317.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça não admite a reclamação nestes casos, sob o fundamento de que a decisão não tem natureza meritória. Cita-se o AgRg na Rcl 6581/PR:

Não é cabível reclamação fundada na preservação da autoridade de acórdão do STJ proferido em recurso representativo da controvérsia na hipótese em que o Tribunal de origem manteve o sobrestamento do exame de admissibilidade do especial por motivo de interposição de recurso extraordinário contra o acórdão do STJ no repetitivo, porque a decisão que manteve sobrestamento do especial não caracteriza descumprimento da decisão meritória do repetitivo.

Desta forma, ao recorrente inconformado com a suspensão somente caberia um pedido de reconsideração por simples petição¹⁹, ou, o manejo do agravo regimental ao órgão especial, ou, pleno, do próprio tribunal de origem.

A doutrina enfatiza que a interpretação do STJ sobre o regramento dos repetitivos, praticamente, inviabiliza qualquer recurso em face da suspensão indevida com fundamento na demonstração de diferenças entre o recurso sobrestado na origem e o afetado ao julgamento pelo rito do artigo 543-C.

O posicionamento da Corte restringe esta análise ao âmbito do tribunal local. No caso, há uma flagrante declinação da competência constitucional do Tribunal superior, art. 105, I, “f”, da CF/88, para o tribunal local.

Analogamente, observa-se a flexibilização do entendimento da Corte superior, no que tange a retenção de recursos especiais com fundamento no §3º do artigo 542 do CPC, admitindo, nos casos em que a retenção venha a importar no perecimento do objeto da demanda, o manejo de ação cautelar, de agravo interposto de decisão denegatória do pedido no órgão *a quo* e, até mesmo de simples petição, admitindo expressamente que qualquer meio é idôneo para destrancar recurso especial retido²⁰, evidenciando a aplicação do princípio da fungibilidade.

Seria providencial que a mesma postura fosse aplicada ao regime de suspensão no caso do julgamento pelo rito do recursos repetitivos, admitindo a ação cautelar ou mesmo a reclamação para apreciação do pedido de destrancamento na origem.

Por ora, o STJ mantém o entendimento de que não cabe recurso da decisão de suspensão pelo tribunal *a quo*, sendo deste último a atribuição para a decisão. Destaca-se o Acórdão.

19 HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Recursos Cíveis & Outros Temas*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p.125 e SERAU, op.cit, p. 75.

20 STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag nº820.614-RJ, Min. Hélio Quaglia Barbosa.

Assim, a alegação de que foi equivocada a invocação do referido precedente (por suposta falta de similitude com o caso dos autos), é matéria que deve ser submetida a exame do próprio Tribunal local, nos termos preconizados pelo STJ na citada Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP. (AgRg nos EDcl no AREsp 201385/RS)

2.4 O Requerimento de Informações, Participação de Terceiros e do Ministério Público

O procedimento para julgamento de demandas repetitivas por amostragem permite a análise das teses escolhidas em maior profundidade, ampliando a cognição pela participação de outras pessoas e entidades que tenham interesse na decisão da controvérsia, além das partes.

Também podem ser requeridas informações aos tribunais locais de natureza estatística, como número de processos sobre a matéria afetada, ou, mesmo sobre o conteúdo meritório da questão plúrima.

2.5 Desistência e Efeitos da Decisão Paradigmática sobre os Demais Recursos

A implementação da sistemática estabelecida pela Lei 11.672/2008 mostrou uma estratégia pouco salutar adotada pelas partes.

Tornou-se comum o pedido de desistência do recurso especial, com fundamento no direito subjetivo do recorrente, disposto no artigo 501 do CPC, tão logo o mesmo fosse escolhido como representativo da controvérsia e, a cada nova escolha seguia-se nova desistência. Esta prática forçava o Poder Judiciário a ficar submetido à vontade das partes.

Ocorre que o incidente dos repetitivos tem finalidades específicas, quais sejam, garantir a celeridade processual, proporcionar a isonomia e, dar ao precedente amplitude que extrapole o plano individual, indo além da resolução da questão *inter partes* para persuadir de forma contundente o julgamento dos múltiplos recursos sobre a mesma questão de direito.

A Ministra Nanci Andrichi, em voto na questão de ordem levantada nos REsp 1.058.114/RS e 1.063.343/RS, bem analisa a situação:

Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

Desta forma, superado o entrave causado por alguns recorrentes, afirma-se que a desistência não impedirá o julgamento dos recursos afetados ao procedimento dos repetitivos.

Da extensão dos efeitos da decisão paradigmática sobre os demais recursos sobrestados, ocupa-se o parágrafo sétimo do artigo 543-C.

Destaca-se que para que se operem os efeitos extensivos é preciso que a questão de direito idêntica, selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, tenha sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade do recurso especial (pré-questionamento).

Se o recurso especial selecionado como representativo trouxer outras questões, além daquela selecionada com a representante da idêntica questão de direito objeto do incidente, estas também serão apreciadas pelo Pretório superior, porém, as razões de decidir declinadas no julgamento de tais pontos não terão a aptidão de produzir efeitos externos preconizados na Lei.

3 CONCLUSÕES

A adoção do regime dos recursos repetitivos, desde o segundo semestre de 2008²¹, ao menos quantitativamente vem revelando uma tendência de redução do número de feitos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça.

O quadro abaixo espelha as quantidades de processos registrados no Superior Tribunal de Justiça²² em 2007 e nos anos subsequentes a vigência da lei:

Ano	2007	2008	2009	2010
Quantidade	104.137	89.119	65.919	54.596

Constata-se que houve uma diminuição de 38% do número de processo registrados na Corte entre 2008 e 2010, portanto, pode-se atribuir esta redução à vigência da nova sistemática.

Porém, com relação ao primeiro semestre de 2011, há notícia que houve um aumento de 49% do número de processos recebidos em relação ao primeiro semestre de 2010, levando o Ministro Ari Pargendler a declarar-se surpreso com o aumento, quando era esperada uma redução no volume de processos em razão dos recursos retidos por força do rito dos repetitivos²³:

21 Lei 11.672/2008, publicada em 09/05/2008, com vacatio legis de 90 dias.

22 TOFFOLI, Victor. Recursos Especiais repetitivos: Critério de Seleção dos Recursos Paradigmas. In: *Revista de Processo*. v.36. São Paulo: n.197, julho, 2011. p.286.

23 INSTITUCIONAL 01/07/2011 - 11h02-Coordenadoria de Editoria e Imprensa . www.stj.jus.br

STJ encerra semestre com 49% de aumento no número de processos recebidos. A sessão da Corte Especial na manhã desta sexta-feira (1º) encerrou o primeiro semestre forense de 2011 no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O presidente do tribunal, ministro Ari Pargendler, informou que o STJ recebeu nesse período 143.411 processos, 49% a mais do que no primeiro semestre de 2010. Esse número surpreendeu Pargendler, que esperava uma redução no volume de processos em razão dos recursos retidos por força do rito dos Recursos Repetitivos. “O número de processos que nos foram encaminhados foi surpreendentemente alto e a tendência é essa”, afirmou Pargendler agradeceu o empenho de ministros e servidores para dar conta de tamanha demanda e desejou aos ministros um bom descanso no recesso de julho, de forma que recuperem energia para encarar o segundo semestre forense, que se inicia em 1º de agosto com sessão da Corte Especial.

No entender da Ministra Nanci Andrigui, é intuitivo que olhando para o futuro a constatação acerca do caráter massivo de determinado litígio seja possível desde um momento muito precoce na formação das relações jurídicas processuais, não dependendo necessariamente da interposição de recursos especiais para ser vislumbrada.

Conclui-se que o aperfeiçoamento de critérios para determinação da questão representativa da controvérsia multitudinária e para a seleção dos recursos representativos, vem sendo apontado como um dos itens necessários a dar maior efetividade ao procedimento.

A criação de parâmetros quantitativos, como o número mínimo de demandas para a adoção obrigatória do procedimento e, qualitativos, como a seleção da questão central, o maior número de teses alegadas em razões e contra razões, a natureza das partes e da ações (coletivas e individuais) podem ser citados como exemplos.

Há ainda a necessidade de preenchimento de lacuna legal quanto ao sobrestamento em instâncias ordinárias.

Verifica-se também omissão legislativa quanto à atribuição do duplo efeito aos recursos especiais submetidos à sistemática do artigo 543-C. A exemplo de outros institutos do CPC, a legislação poderia ao menos determinar que a decisão caberia ao Relator em vista do caso concreto, como faz nos artigos 527, III e 518 do CPC.

O anteprojeto do Código de Processo Civil²⁴ perde a oportunidade de regulamentar a matéria.

Cria um procedimento semelhante para julgamento por amostragem de demandas repetitivas em primeira instância, denominado

24 PLS 166/2010

incidente de resolução de demandas repetitivas (Livro IV, Título I, Capítulo VII, arts. 895 a 906).

Mas, quanto aos recursos especiais, o anteprojeto praticamente repete a sistemática já em vigor, apenas inovando quanto à possibilidade de supressão do duplo grau de aferição dos requisitos de admissibilidade do recurso especial representativo, cabendo ao tribunal de origem somente a seleção da questão representativa, deixando o juízo de admissibilidade e de mérito para a Corte Superior.

Não foi possível obter qualquer estudo estatístico sobre os reflexos do procedimento nos tribunais de segunda instância, como por exemplo, qual o percentual de decisões dos tribunais de origem que foram reformadas pelo STJ, ou, qual o percentual de retratação dos tribunais em função da decisão paradigmática.

Apesar de todos os esforços para desobstruir a Corte Superior e dar celeridade e isonomia ao processo, o procedimento de julgamento de demandas repetitivas por amostragem parece ainda não se mostrar suficientemente eficaz.

Ao que se observa, o Superior Tribunal de Justiça continua envidando esforços para uma reforma substancial. Uma comissão interna do STJ presidida pelo Ministro Teori Zavaschi, hoje nomeado para o Supremo Tribunal Federal, elaborou um projeto de Emenda Constitucional para instituir requisito de admissibilidade para as matérias a serem levadas à Corte, nos mesmos moldes da repercussão geral.

O Projeto de Emenda Constitucional, PEC nº 209 de 2012, prevê a inserção do parágrafo primeiro no artigo 105 da Constituição e, a renumeração de seu parágrafo único, para autorizar o STJ a analisar apenas recursos especiais em que se reconheça a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para julgamento.

No entender do Ministro Sérgio Kukina²⁵, recém empossado para o STJ, “o mecanismo é importante, inclusive, para melhorar a autoestima dos tribunais estaduais e federais”, posto que haverá maior prestígio para as decisões das instâncias ordinárias.

É certo que o sistema judiciário nacional vem passando por reformas fundamentais desde o advento da ordem constitucional democrática em 1988.

²⁵ Reportagem no jornal Valor, Legislação&Tributos SP, publicada em 07/02/2013.

É certo que o acesso ao judiciário e o crescimento das demandas de massa são uma realidade da sociedade atual.

As reformas do sistema processual são e serão inevitáveis para dar conta da efetividade da prestação jurisdicional, então, almeja-se que essas sejam sempre pautadas pelo bom e democrático senso.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os Recursos Repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do artigo 543-C do CPC. *Revista da AGU*, Brasília, out./dez. 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos Repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, jul. 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O Regime Processual das Causas Repetitivas. In: DIDIER Jr, Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRAZ, Leslie Shérica. Acesso à Justiça Qualificado e Processamento de Demandas Repetitivas nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista da Ajuris*, v.36, Porto Alegre, set. 2009.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Recursos Cíveis & Outros Temas*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: RT, 2011.

OLIVEIRA, Helena Weirich. Breves Considerações Acerca do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal de que Trata o Artigo 14 da Lei nº 10.259, de 12.07.2001. *Revista da AGU*, Brasília, agosto, 2007.

ROSSI, Júlio César. Recursos Repetitivos: Meios Processuais Hábeis a Impugnar o Indevido Sobrestamento dos Recursos Excepcionais pelo Tribunal de Origem. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, fev. 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe. A Lei 11.672/2008 e o Procedimento de Julgamento dos Recursos Repetitivos. *Revista do Advogado*. v. 24. São Paulo, maio 2009.

SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

TOFFOLI, Victor. Recursos Especiais repetitivos: critério de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, julho, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O Advogado, a Jurisprudência e outros Temas de Processo Civil*. São Paulo: Quartier latin, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Recursos Especiais Repetitivos (Lei 11.672/2008) e Ações Coletivas. In: *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, v.4. São Paulo, out./dez. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Recursos Especiais Repetitivos: a disciplina proposta no projeto de lei n. 166 de 2010 (novo CPC). In: MOREIRA, Alberto Camina; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama Atual das Tutelas Individual e Coletiva: estudos em Homenagem ao Professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Recursos Especiais Repetitivos: Reflexos das Novas Regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos Processos Coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo; set. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a Repercussão Geral e os Recursos Especiais Repetitivos, e seus Reflexos nos Processos Coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, abr. 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos Repetitivos: Realização Integral da Finalidade do novo Sistema Impõe mais do que Paralisação dos Recursos Especiais que Estão no 2º Grau. *Revista de Processo*, São Paulo, jan. 2011.

ADVOCACIA DE ESTADO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

STATE ATTORNEY AND BAD FAITH LITIGATION

Danilo Barth Pires

Procurador do Estado de São Paulo

*especialista em Direito Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do
Estado de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A problemática enfrentada pelos advogados de estado; 2 Evolução legislativa; 3 Evolução doutrinária; 3.1 Natureza jurídica da condenação nas penas por litigância de má-fé - teoria da responsabilidade civil subjetiva; 3.2 Outra corrente doutrinária - teoria do abuso de direito; 4 Evolução jurisprudencial; 4.1 O art. 14, parágrafo único do Código de Processo Civil e a ADIN 2652/03; 4.2 A responsabilidade pessoal do advogado e a correta interpretação dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil; 4.3 Jurisprudência - requisitos positivos e negativos; 5 Análise do projeto do código de processo civil; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho aborda o tema da litigância de má-fé e sua possível relação com os advogados de Estado, com análise da legislação correlata, das lições da doutrina, das aplicações práticas e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Litigância de Má-Fé. Advocacia de Estado. Legislação. Doutrina. Jurisprudência.

ABSTRACT: The work deals with the subject of bad litigation and its possible relationship with the public lawyers. Related legislation, analysis of the lessons, of the doctrine, of practical applications and of jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O tema proposto no presente estudo – Advocacia de Estado e a litigância de má-fé – tem grande relevo atual nas bancas de contencioso da advocacia pública brasileira.

Isso em razão da existência de ações em que os Advogados de Estado¹ ainda são pessoalmente responsabilizados e condenados nas penas por litigância de má-fé.

A interposição de recursos tidos como protelatórios ou o descumprimento de ordens judiciais ainda são por vezes repreendidos pelo Poder Judiciário com penas impostas aos Advogados de Estado².

O presente trabalho tem por objetivo perquirir a possibilidade do Advogado de Estado, no desenvolvimento de suas atividades regulares, ser pessoalmente condenado nas penas por litigância de má-fé.

A par do embasamento legal e doutrinário, será dado também um enfoque jurisprudencial sobre o tema proposto, de forma a permitir uma completa compreensão das situações vivenciadas pelos Advogados de Estado.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil também merecerá a devida atenção, pois traz avanços específicos sobre o tema da litigância de má-fé e sua relação com a advocacia de Estado.

1 São considerados advogados de Estado para efeitos do presente trabalho os Procuradores dos Estados, dos Municípios e os membros da Advocacia Geral da União, como os Procuradores Federais, Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional.

2 A nomenclatura Advocacia de Estado é mais técnica do que Advocacia Pública, esta mais genérica e relativa também à Defensoria Pública e ao Ministério Público. Nesse sentido são os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, expostos no artigo A responsabilidade do advogado de Estado: “[...] Assim é que se distingue a (1) advocacia privada, como a sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, que é a (2) advocacia pública, aqui tomada em sentido pleno e geral, subdividida no Texto Magno em três manifestações funcionais específicas. Essas três espécies orgânico-funcionais de criação constitucional de advocacia pública, caracterizam, respectivamente, os diferentes ministérios públicos constitucionalizados da advocacia, distinguidos, bem como as suas respectivas carreiras, conforme as específicas tutelas de interesses que lhes são cometidas: primo, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, configurando o Ministério Público, expressão empregada agora com maiúsculas, em seu sentido estrito; secundo, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, e, tertio, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, cometida à Defensoria Pública, em seus próprios ramos.” (*Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 112).

CAPÍTULO 1 A PROBLEMÁTICA ENFRENTADA PELOS ADVOGADOS DE ESTADO

As particularidades da advocacia de Estado infelizmente não são de conhecimento de todos os que militam na área jurídica, especialmente dos juízes de primeira instância e dos desembargadores.

Não se sabe como e em quais circunstâncias o trabalho é desenvolvido e os prazos são cumpridos. Existe apenas um mundo ideal imaginado pelos julgadores, bem distante da realidade.

O cerne dessas equivocadas decisões está na Justiça local, que, no afã de ver imediatamente cumpridas suas decisões, inibindo a interposição de novos recursos, acabam por penalizar pessoalmente os advogados de Estado.

Os Ministros dos Tribunais Superiores e também do Supremo Tribunal Federal costumam sopesar melhor os fatos e a aplicação do direito, no mais das vezes afastando a aplicação das penas por litigância de má-fé impostas nas instâncias inferiores.

Talvez não exista maior constrangimento no exercício da advocacia de Estado do que ver o seu próprio nome ou de algum colega pessoalmente inserido em decisão judicial como litigante de má-fé.

Apenas de forma a ilustrar a problemática ora apresentada, a títulos de exemplos, vejamos os seguintes julgados:

O voto é pelo desprovemento do agravo interno, *condenada a [...] e o advogado Dr. [...], OAB/SP nº [...], solidariamente, pela litigância de má fé, com base nos art.14 III e IV, 17, VIII e 18 do CPC e art. 32 § único da LF nº 8.906/94, a pagar às autoras indenização que fixo em 20% do valor corrigido da causa, multa de 1% do mesmo valor, e honorários advocatícios de R\$ 500,00 para cada autora, em acréscimo àqueles fixados na sentença.* Oficie-se ao DD. Procurador Geral do Estado, com cópia da inicial, de fls. 49/55, 96/103, 132/134 e do acórdão, para conhecimento e para as providências que possa merecer.

Agravo Interno nº 746.548-5/0-01, Décima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Torres de Carvalho. Disponível em www.tjsp.jus.br, acesso em 15-01-2013. (grifo nosso)

Determino a intimação pessoal do INSS, na pessoa de seu Procurador, para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, cumpra a decisão de fls. 215 e implante o benefício do autor.

Decorrido o prazo acima, fica determinado à Secretaria que expeça ofício à Seção de Recursos Humanos, ou setor equivalente, para que passe a descontar diretamente dos proventos do Procurador Federal que receber a intimação acima a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), ficando o valor do desconto limitado a 30% (trinta por cento) dos vencimentos líquidos.

Autos nº 0000112-58.2005.4.05.8102, 16ª Vara Federal, Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte/CE. Disponível em: www.jfpe.jus.br, acessado em 15-01-2013. (grifo nosso)

[...] determino que no prazo de 24h, a partir da intimação, o INSS, na pessoa de seu procurador federal, pessoa física, proceda ao cumprimento da ordem sob pena de multa diária de R\$ 100,00, incidente sobre seu próprio patrimônio [...]

Autos nº 014.2006.00915-6, 3ª Vara Cível da Comarca de Vilhena/RO, decisão referida na Reclamação Constitucional nº 5746/RO. Disponível em www.stf.jus.br, acessado em 18-01-2013. (grifo nosso)

Cabível, portanto, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC. *E a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado.* Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente - aqui, a CBPM -, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual.

[...]

Nestes termos, voto pela rejeição dos embargos e, com fundamento no art. 538, parágrafo único, condeno a subscritora a pagar aos embargados multa de 1% do valor da causa atualizado, tendo em conta o caráter visivelmente protelatório do recurso.

Autos nº 0019502-48.2009.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Angelo Malanga. Disponível em www.tjsp.jus.br, acessado em 15-01-2013. (grifo nosso)

Nos capítulos seguintes demonstraremos o desacerto desses julgados que tanto desprestigiam o exercício da advocacia de Estado.

O equívoco dessas decisões será evidenciado com embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

CAPÍTULO 2 - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A responsabilidade pelos danos processuais já estava prevista no Código de Processo Civil de 1939³:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

[...]

Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

O Código de Processo Civil atual, na redação original da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, previa o seguinte:

Art. 14. Compete às partes e *aos seus procuradores*:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. (grifo nosso)

Note-se desde logo que a redação original do referido dispositivo fazia expressa menção aos “procuradores” das partes. Mas essa ênfase não está mais vigente.

³ Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, alterou o *caput* do referido artigo, suprimindo a expressão “aos seus procuradores”, acrescentando também o inciso V e o parágrafo único.

Vejamos então a redação atual do dispositivo:

Art. 14. São deveres das partes *e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (grifo nosso)

A redação atual do dispositivo faz referência aos deveres das partes e de “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”. Com a ressalva prevista no parágrafo único, em tese teriam de observar tais deveres todos aqueles que efetivamente participam do processo.

A responsabilização pelo descumprimento dos deveres elencados no art. 14 do Código de Processo Civil encontra-se prevista nos arts. 16 e seguintes. Na redação original da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 a disciplina era a seguinte:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

II – alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

III – omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;

IV – usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;

V – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

Art. 18. O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução.

A Lei nº 6.771, de 27 de março de 1980, trouxe então nova redação ao já referido art. 17 do Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou a redação do art. 18 e respectivo § 2º do Código de Processo Civil:

Art. 18. O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

[...]

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

E, finalmente, a Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998, acrescentou o inciso VII no art. 17 e novamente alterou a redação do art. 18 do Código de Processo Civil:

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

A questão que se coloca é saber se tais dispositivos do Código Processo Civil podem ser aplicados aos advogados de Estado, ou seja, se é possível aplicar o art. 14, parágrafo único, e se a prática das condutas descritas no art. 17 podem responsabilizá-los, pessoalmente, consoante o disposto no art. 18.

CAPÍTULO 3 - EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

3.1 Natureza jurídica da condenação nas penas por litigância de má-fé - teoria da responsabilidade civil subjetiva

Antes de analisar a jurisprudência a respeito do tema, o que será desenvolvido no capítulo seguinte, é importante verificar os fundamentos da condenação nas penas por litigância de má-fé, ou seja, qual a teoria da responsabilidade civil que mais se amolda a essa específica forma de indenização.

A doutrina de Arnaldo Rizzardo é esclarecedora e bastante didática sobre as espécies de responsabilidade civil⁴:

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo passível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prever, tendo agido com a necessária cautela.

[...]

A par da responsabilidade por ato ilícito, há a responsabilidade desvinculada do pressuposto da conduta antijurídica, não se questionando a respeito da culpa. É a responsabilidade objetiva, pela qual a obrigação de reparar o dano emerge da prática ou da ocorrência do fato.

A simples leitura do Código de Processo Civil aponta a resposta à indagação antes referida, ou seja, sobre que espécie de responsabilidade civil deve ser enquadrada a litigância de má-fé.

O presente tema está inserto no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”, Título II, “Das Partes e dos Procuradores”, Capítulo II, “Das Partes e de seus Procuradores”.

O referido Capítulo II compreende a Seção I, “Dos deveres”, a Seção II, “Da responsabilidade das partes por dano processual”, e a Seção III, “Das despesas e das multas”.

A responsabilidade civil prevista nas Seções I e II é subjetiva, pois a prática das condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil depende de culpa ou dolo da parte, sendo o elemento volitivo ínsito aos verbos referidos no dispositivo legal.

Aquele que, por exemplo, altera a verdade dos fatos ou deduz pretensão contra texto expresso de lei o faz com dolo ou no mínimo culpa, sendo necessária a presença desse elemento para caracterização do dever de indenizar.

O raciocínio é o mesmo para todas as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25.

- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Vejam a lição de Alexandre Freitas Câmara⁵:

A existência de deveres das partes tem, como corolário lógico, a existência de uma responsabilidade das mesmas, a que se poderia chamar responsabilidade processual civil. Esta pode ser dividida em duas partes: a responsabilidade por dano processual e a responsabilidade por despesas processuais. Quanto à primeira, dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. Estabelece a lei processual, assim, uma responsabilidade subjetiva [...].

[...]

Além da responsabilidade processual civil por dano, existe a responsabilidade pelas despesas processuais. ... Verifica-se, pela leitura do dispositivo, que a responsabilidade processual civil, nesse caso, é objetiva, sendo responsável aquele que tiver restado sucumbente, pouco importando o elemento volitivo na fixação da responsabilidade.

Por outro lado, a responsabilidade civil prevista na Seção III, que trata “Das despesas e da multa”, é objetiva, pois dispensa o elemento volitivo. Aplica-se o que a doutrina denomina de princípio da sucumbência, ou seja, a parte que perder a causa deve pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios. Trata-se de uma mera consequência

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181/182.

do desfecho final do processo, independentemente de dolo ou culpa da parte autora ou ré.

O importante a deixar assentado é que as penas por litigância de má-fé estão no âmbito da responsabilidade subjetiva, ou seja, é imprescindível a existência de dolo ou culpa para que esteja configurado o dever de indenizar.

3.2 Outra corrente doutrinária - teoria do abuso de direito

Existem alguns doutrinadores que defendem a tese de que a teoria do abuso de direito é a que melhor fundamenta o dever de indenizar do litigante de má-fé. Para essa teoria, a litigância de má-fé não tem origem em um ilícito civil, clássico, mas sim no abuso do exercício de um direito.

Essa teoria está atualmente estruturada a partir do seguinte dispositivo do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É possível mesmo verificar que todas as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil compreendem inicialmente um exercício regular de um direito que, praticado com abuso, com um desvio de finalidade, acaba gerando o dever de indenizar.

Por exemplo, aquele que deduz pretensão em juízo está no exercício de um direito, mas se tal pretensão for deduzida contra texto expresso de lei estaria configurado o abuso.

Da mesma forma, aquele que provoca incidentes no processo está no exercício regular de um direito. Passa a abusar de seu direito quando provoca incidentes despídos de fundamentos.

Vejamos a lição de Helena Najjar Abdo a respeito da relação entre ato abusivo e litigância de má-fé⁶:

Ato abusivo e ato ilícito distinguem-se fundamentalmente. Está consolidado o entendimento, entre a maior parte da doutrina atual, de que ato ilícito é somente aquele que viola frontalmente a lei. Além disso, o ato ilícito não pressupõe a existência de qualquer direito do agente.

6 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2007. p. 103 e 156.

O ato abusivo, por sua vez, pressupõe a existência de um direito subjetivo ou de uma situação jurídica subjetiva, de titularidade do agente, exercidos de maneira anormal, com desvio de finalidade.

[...]

A análise de cada uma das previsões do art. 17 do CPC permite concluir que todas elas constituem casos de abuso do processo. Essa conclusão é reconhecida como válida por significativa parcela da doutrina e até mesmo pela jurisprudência do STF.

Mariana Pretel e Pretel caminha no mesmo sentido⁷:

A teoria do abuso de direito se relaciona ao tema da litigância de má-fé e encontra assento nos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil.

[...]

Os limites estabelecidos para o exercício dos direitos de ação e de defesa se caracterizam como a correlação existente entre a teoria do abuso de direito e a litigância de má-fé (responsabilidade por danos processuais). O descumprimento dos limites impostos ocasiona a existência da litigância de má-fé.

A teoria do abuso do direito é uma corrente doutrinária que não pode ser desprezada, pois já está sendo utilizada por alguns estudiosos do direito e sem dúvida contribui para uma melhor compreensão do tema.

CAPÍTULO 4 - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

4.1 O art. 14, parágrafo único do código de processo civil e a ADIN 2652/03

Vejamos o que dispõe o referido dispositivo:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

7 PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 122 e 125.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. *Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB*, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (grifo nosso)

A interpretação literal deste dispositivo dava a entender que a ressalva era devida somente para os advogados privados, pois somente estes “se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”.

Os advogados públicos, aí incluídos os advogados de Estado, poderiam ser responsabilizados por violar o referido inciso V com aplicação da pena de multa, pois, além dos estatutos da OAB, eles também estão sujeitos às respectivas leis orgânicas e suas correções.

O referido dispositivo foi objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2652/03, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE perante o Supremo Tribunal Federal.

O pedido na referida ação foi julgado procedente nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. Disponível em www.stf.jus.br, acessado em 01-02-2013. (grifo nosso)

O voto do então Ministro Maurício Corrêa é esclarecedor:

[...] A expressão é, portanto, explicativa, e para que atinja tal finalidade, sem pairar dúvida, deveria estar entre vírgulas, em termos tais como, ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente ao Estatuto da OAB, a violação ao [...]. A ausência de pontuação, porém, deu ao texto uma aceção restritiva de modo a permitir a compreensão objeto da preocupação da inicial, de que apenas os advogados de particulares, é que se sujeitam ao Estatuto da OAB, e que, por isso mesmo, estariam excluídos da penalidade.

[...]

Ante essas circunstâncias, julgo procedente a ação para conferir interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução de texto, ao parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial do dispositivo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 01-02-2013. (grifo nosso)

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido procedente para, sem redução de texto, determinar que a ressalva constante no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil é aplicável a todos os advogados, sejam públicos, aí incluídos os advogados de Estado, ou particulares.

Apesar do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário⁸, ainda existem juízes e Desembargadores aplicando o referido dispositivo a advogados de Estado.

⁸ Lei nº 9.868/99: Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

O ajuizamento de reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado suficiente para prevalecer o referido entendimento e assim afastar as decisões das instâncias inferiores.

Vejam os seguintes julgados a título de exemplos:

Vistos etc.

Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, fundada nos arts. 102, I, “I”, da Constituição Federal; 13 da Lei nº 8.038/1990; e 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela União contra decisão do Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais (2498-33.2012.4.01.3800), a qual, supostamente, teria contrariado o entendimento firmado por esta Corte no julgamento da ADI 2.652.

A reclamante sustenta que a decisão reclamada determinou o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de Cinthya Marra de Resende Lage, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$ 200,00 a ser suportada pelo próprio Advogado da União.

Cita diversos precedentes desta Suprema Corte nos quais foram concedidas as liminares requeridas.

É o relatório.

Decido.

A reclamação foi ajuizada com alegação de descumprimento de acórdão desta Corte com efeito vinculante.

[...]

Embora na decisão reclamada não tenha sido citado nenhum dispositivo legal, este Supremo Tribunal Federal tem decidido que a fixação de multa a advogado público desrespeita a decisão proferida no julgamento da ADI 2.652, em face da aplicação transversa do art. 14, parágrafo único, do CPC.

[...]

Parágrafo único. *A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.* (grifo nosso)

Ante o exposto, com fundamento no art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão reclamada, na parte que fixou multa pessoal ao advogado da União.

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 2012.

Ministra Rosa Weber

Relatora

Reclamação 14875/MG

Disponível em: www.stf.jus.br, acessado em 05-02-2013. (grifo nosso)

Vistos.

Cuida-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face do JUIZO DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE VILHENA/RO, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que decidido na ADI nº 2.652/DF.

[...]

A) A DECISÃO RECLAMADA

O Juízo de Direito, em Carta Precatória, intimou o INSS, na pessoa de seu Procurador Federal, para no prazo de 24h (vinte e quatro horas) proceder ao cumprimento da sentença mandamental.

Transcrevo passagem do despacho, a fim de ilustrar o ponto de saliência da demanda:

“[...] determino que no prazo de 24h, a partir da intimação, o INSS, na pessoa de seu procurador federal, pessoa física, proceda ao cumprimento da ordem sob pena de multa diária de R\$ 100,00, incidente sobre seu próprio patrimônio [...]” (fl. 36).

É nítido que o ponto central da reclamação coincide o que decidido no paradigma apontado, a saber, a aplicabilidade de multa ao advogado público, por aparente violação de deveres de lealdade processual e de respeito à Corte.

B) A INTERPRETAÇÃO DO STF E DA DOGMÁTICA SOBRE O ART.14, CPC

O Pretório Excelso, no julgamento da ADI no 2.652/DF, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 14/11/2003, p. 12, resolveu um grave problema hermenêutico ao corrigir o lapsus calami do legislador na Reforma do Código de Processo Civil, que pareceu instituir pena processual diretamente aos advogados. A redação da ementa da ação direta é explicativa quanto a essa correção:

[...]

O Juízo reclamado aplicou a multa prevista no citado parágrafo único do art. 14 do CPC a pessoa do Advogado da União, sob o argumento de que ‘aos 02/03/2009, a União, através da petição de fl. 230 (AO), apresentou em juízo o documento de fls. 232/245 (AO) firmado pelo Advogado da União Dr. José Affonso de Albuquerque Netto, na condição de Assessor Jurídico do Ministério da Saúde, no qual informa o CNPJ do Fundo Nacional de Saúde para a realização do bloqueio de verbas. É imperioso esclarecer que o Advogado da União José de Albuquerque Netto não atuou ou atua na Ação Ordinária em referência a esse título. Sua atuação deu-se no âmbito administrativo, pois, na condição de Assessor Jurídico lotado na Consultoria Jurídica do Ministério informou o CNPJ ao Advogado da União Nilson Pimenta Naves, este sim atuante no feito nessa condição e lotado na Procuradoria da União do Estado de Goiás’.

[...]

D) DISPOSITIVO

Ante o exposto, *julgo procedente a reclamação e declaro nula a parte da decisão que impôs ao procurador federal a pena processual por contempt of court, em desrespeito à autoridade de decisão do STF.*

Publique-se.

Brasília, 2 de maio de 2011.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Reclamação 5746/RO

Disponível em www.stf.jus.br, acessado em 05-02-2013. (grifo nosso)

RECLAMAÇÃO. MULTA PROCESSUAL. PROCURADOR DO ESTADO. CONDENAÇÃO PESSOAL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO QUE DECIDIDO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.652. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Decisão: Cuida-se de Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada por ..., Procuradora do Estado de São Paulo, contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos dos Embargos de Declaração n. 0019502-48.2009.8.26.0053, que teria afrontado a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.652, Rel. o Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2003.

O acórdão reclamado, ao aplicar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC, assentou: Cabível, portanto, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do CPC. E a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado. Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente – aqui, a CBPM–, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual. (grifei)

Sustenta a reclamante, em síntese, que o ato reclamado desrespeita a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.652, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2003, cuja ementa tem o seguinte teor: ...

É o relatório. Decido.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 2.652, julgou procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

[...]

O acórdão reclamado defendeu a tese de que “a multa é devida não pela parte (que é, em última análise, o contribuinte), mas sim pela Procuradora do Estado. Trata-se de conduta imputável ao operador do Direito, a quem incumbe postular em juízo na defesa de seu cliente - aqui, a CBPM -, mas sempre observando o dever de lealdade e boa-fé expresso no inciso II do art. 14 do Estatuto Processual.”

Restou claro que a decisão reclamada desrespeitou a autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, revestida, portanto, de caráter vinculante.

[...]

Ex positis, na linha da jurisprudência desta Corte, julgo procedente a presente reclamação, para cassar o acórdão reclamado na parte em que condena pessoalmente o Procurador do Estado de São Paulo ao pagamento de multa processual (RISTF, artigo 161, p.u.).

Publique-se. Int..

Brasília, 31 de outubro de 2012.

Ministro Luiz Fux

Relator

Reclamação 11946/SP

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05-02-2013.
(grifo nosso)

A procedência dos pedidos nessas reclamações constitucionais já deveria ser suficiente para coibir esse tipo de decisão judicial dos órgãos jurisdicionais inferiores.

A gravidade do desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal é bem pontuada por Cândido Rangel Dinamarco⁹:

As hipóteses de admissibilidade da reclamação, ditadas na Constituição Federal, mostram que, quando acolhida esta, o tribunal cuja autoridade fora de algum modo molestada pela decisão inferior condena o ato à ineficácia total, sem reformá-lo e mesmo sem anulá-lo, para que outro seja proferido. A procedência da reclamação contra ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem porque a competência é de um tribunal de nível superior ao do órgão prolator, ou porque a matéria já fora superiormente decidida pelo tribunal competente.

A lição sempre presente de Leonardo Carneiro da Cunha é suficiente para encerrar a questão¹⁰:

O STF julgou procedente a ADIn 2.652 ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado – Anape, conferindo ao dispositivo interpretação conforme a Constituição para deixar assente que a ressalva do dispositivo alcança não somente os advogados privados, mas também os advogados públicos. *Diante disso, não é possível a qualquer juiz impor essa multa do parágrafo único do art. 14 do CPC a um advogado público que esteja no exercício de sua função de atuar em favor da Fazenda Pública. Se houver a imposição dessa multa contra um advogado público, este, ou o ente público, poderá ajuizar reclamação constitucional no STF, que deverá cassar a imposição da multa.* (grifo nosso)

4.2 A responsabilidade pessoal do advogado e a correta interpretação dos arts. 17 e 18 do código de processo civil

Apenas novamente a título ilustrativo, vejamos o que atualmente dispõe o Código de Processo Civil:

Seção II

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 207.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 163, g.n.

Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (grifo nosso)

E a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que trata do Estatuto da Advocacia, prevê expressamente o seguinte:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O referido dispositivo prevê a responsabilização do advogado pelos danos que causar no exercício da sua atividade profissional, mediante dolo ou culpa. E também está prevista a solidariedade com o cliente, em caso de ajuizamento de lide temerária.

Vejamos os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano¹¹:

A prestação de serviços advocatícios é, em regra, uma obrigação de meio, uma vez que o profissional não tem como assegurar o resultado da atividade ao seu cliente.

[...]

O importante é perceber, todavia, que embora exercendo uma atividade com potencial risco de dano, a responsabilidade civil será sempre subjetiva (CDC, art 14, § 4º, e Lei n. 8.904/94 - Estatuto da Advocacia - art. 32), distribuindo-se o ônus da prova do elemento culpa em função da natureza da obrigação avençada e geradora do dano [...]

Existe, pois, um específico dispositivo legal disciplinando a responsabilidade do advogado pelos danos causados. Essa responsabilidade é subjetiva, pois depende do elemento volitivo para sua configuração, qual seja, o dolo ou a culpa.

Nesse sentido também é a lição de Celso Augusto Coccaro Filho¹²:

A responsabilidade civil dos advogados é subjetiva (art. 32 da Lei 8.906/94). Uma vez que os advogados públicos exercem atividade de advocacia, subordinando-se às normas gerais do Estatuto, é de se concluir que a norma também a eles se aplica.

E, obviamente, a aplicação do referido dispositivo demanda o ajuizamento de ação própria contra o advogado, que será réu em demanda indenizatória, com observância de todas as garantias constitucionais e processuais.

11 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257.

12 COCCARO FILHO, Celso Augusto. *Responsabilidade do Advogado Público*. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 87.

Contraditório e ampla defesa, para ficarmos nas mais basilares, garantias processuais que normalmente são suprimidas nas decisões que condenam os advogados nas penas por litigância de má-fé.

Tudo caminha, pois, para a impossibilidade de condenar o advogado, de Estado ou particular, nas penas por litigância de má-fé com supedâneo nos dispositivos do Código de Processo Civil.

Superada a questão da aplicabilidade do art. 14, parágrafo único, conforme visto no capítulo anterior, verificamos que os arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil estão insertos no Livro I, “Do Processo de Conhecimento”, Título II, “Das Partes e dos Procuradores”, Capítulo II, “Das Partes e de seus Procuradores”, Seção II expressamente denominada “Da responsabilidade das *partes* por dano processual”.

O advogado, de Estado ou particular, não é a parte, mas tão somente representa esta em Juízo. Todos os atos processuais são praticados ou omitidos pelas próprias partes, devidamente representadas pelos seus advogados, de Estado ou particulares.

Assim, quem pode ser reputado litigante de má-fé, na linguagem utilizada pelo próprio Código de Processo Civil, é a parte e não o advogado.

O advogado deverá ser responsabilizado em ação própria, se tiver causado dano por dolo ou culpa, e não surpreendido nos próprios autos, em que a responsabilidade apenas da parte deve ser sumariamente verificada.

Vejamos o escólio de Nelson Nery Junior¹³:

[...] quando o advogado pratica ato no exercício de representação da parte, havendo algum embaraço ao cumprimento de provimento jurisdicional, quem está ali praticando o ato não é o advogado, mas a parte por intermédio do advogado seu representante. Assim, o juiz pode impor as sanções decorrentes do contempt of court à parte. Caso a parte entenda que o advogado excedeu os poderes do mandato, pode voltar-se em regresso contra o advogado por ela constituído, que tem a obrigação de indenizar os danos que, nessa qualidade, causar ao direito de seu constituinte.

Comentando especificamente o art. 17 do Código de Processo Civil, o renomado jurista ensina o seguinte¹⁴:

13 NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257.

14 *Ibidem*, p. 262.

Advogado. A norma não sanciona o advogado da parte, de modo que se esta for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária, podendo exercer o direito de regresso contra o advogado.

Nos próprios autos então quem responde civilmente é a própria parte. O advogado pode responder pelos danos causados por seus atos em ação autônoma, se os tiver praticado mediante dolo ou culpa.

Renata Soltanovich, que em tese de mestrado se debruçou especificamente sobre esse tema, chegou a essa mesma conclusão¹⁵:

Em nenhum momento fugiremos do aspecto da responsabilidade processual do advogado. No entanto, apenas entendemos que esta apuração deverá ser feita em ação própria, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e não sob o manto da responsabilidade solidária.

A tese ora defendida no mais das vezes não chega a ser sequer enfrentada pelos juízes e tribunais, que passam ao largo dessa discussão e buscam atingir diretamente o patrimônio dos advogados de Estado para fazer valer suas decisões.

Apesar de minoritária, essa tese começa a ganhar corpo no Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para dirimir em última instância as controvérsias a respeito da aplicabilidade e da correta interpretação das leis federais, a exemplo do Código de Processo Civil e do Estatuto da Advocacia.

Vejamos então os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É vedada a esta Corte apreciar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
2. Inviável o conhecimento do recurso especial no que concerne ao alegado julgamento “ultra petita”, pois, nas razões do apelo excepcional, não há indicação de qualquer dispositivo infraconstitucional pretensamente violado. Súmula nº 284/STF.

15 SOLTANOVITCH, Renata. *Responsabilidade processual*. 1ª reimpressão. São Paulo: Scortecci, 2010. p. 132.

3. Revisar a decisão que reconheceu a má-fé do recorrente somente seria possível mediante incursão indevida nas provas produzidas nas instâncias ordinárias, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula nº 07/STJ.

4. Responde por litigância de má-fé (arts. 17 e 18) quem causar dano com sua conduta processual. Contudo, nos termos do art. 16, somente as partes, assim entendidas como autor, réu ou interveniente, em sentido amplo, podem praticar o ato. Com efeito, todos que de qualquer forma participam do processo têm o dever de agir com lealdade e boa-fé (art. 14, do CPC). Em caso de má-fé, somente os litigantes estarão sujeitos à multa e indenização a que se refere o art. 18, do CPC.

5. Os danos eventualmente causados pela conduta do advogado deverão ser aferidos em ação própria para esta finalidade, sendo vedado ao magistrado, nos próprios autos do processo em que fora praticada a alegada conduta de má-fé ou temerária, condenar o patrono da parte nas penas a que se refere o art. 18, do Código de Processo Civil.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

REsp 1173848 / RS

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Data do julgamento: 20/04/2010

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18-02-2013. (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE. *OMISSÃO QUANTO À CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ*. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, NASHIPÓTESE EM QUE A MODIFICAÇÃO DO JULGADO FOR CONSEQUÊNCIA DIRETA DO SUPRIMENTO DA OMISSÃO.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração quando não há, no julgamento impugnado, omissão ou contradição acerca da alegada ocorrência de prescrição da pretensão executiva, já que o recurso que deu origem aos declaratórios foi sumariamente rejeitado por outros fundamentos.

2. O STJ não possui competência para o exame de questões constitucionais suscitadas em sede de embargos de declaração, ainda que com o intuito de prequestioná-las para eventual interposição de recurso extraordinário. Precedentes.

3. *A responsabilização solidária do advogado, nas hipóteses de lide temerária, ocorrerá somente após a verificação da existência de conluio entre o cliente e seu patrono, a ser apurada em ação própria. A condenação ao pagamento da multa por litigância de má-fé deve ser limitada às partes, pois o profissional da advocacia está sujeito exclusivamente ao controle disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedente.*

4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com modificação do julgado.

EDcl no RMS 31708 / RS
Ministra NANCY ANDRIGHI

Data do julgamento: 10/08/2010

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18-02-2013.
(grifo nosso)

Mas não é só. Existe ainda um outro bom argumento calcado na teoria do abuso de direito, que neste ponto é importante repisar.

Segundo a já referida Helena Najjar Abdo, somente aqueles que são sujeitos da relação jurídica processual podem abusar do direito no processo. E, portanto, somente os sujeitos da relação jurídica é que podem ser condenados nas penas por litigância de má-fé.

O advogado, de Estado ou particular, por óbvio, não é sujeito da relação jurídica processual¹⁶:

Os sujeitos do abuso do processo são, naturalmente, os sujeitos da relação jurídica processual. Ou melhor: os sujeitos de qualquer

16 ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 48 e 175.

relação jurídica processual, não importando se tal relação insere-se em um processo de conhecimento, de execução ou mesmo se segue um procedimento de jurisdição voluntária.

[...]

De acordo com as premissas postas no presente trabalho, o advogado não pode cometer abuso no processo porque não é sujeito da relação jurídica processual, exceto nos casos em que postula em causa própria (CPC, art 36).

A referida autora excepciona essa assertiva apenas na hipótese do advogado que está postulando em causa própria. Na verdade, não se trata exatamente de uma exceção, pois nesse específico caso o advogado é a própria parte.

Como se vê, a teoria do abuso do direito também ratifica a impossibilidade do advogado de Estado ser condenado nas penas por litigância de má-fé.

Quem pode ser condenado é a parte, que apenas é representada em Juízo pelo advogado. Quem está em Juízo, litigando, eventualmente de má-fé, é a parte e não o advogado.

Trata-se, assim, de mais um bom argumento para que os advogados de Estado sejam poupados dessas vexatórias decisões judiciais.

4.3 Jurisprudência - requisitos positivos e negativos

Creemos ter demonstrado uma nova visão a respeito da litigância de má-fé, que aos poucos está ganhando relevo no Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inaplicabilidade dos dispositivos do Código de Processo Civil aos advogados de Estado.

Mas também temos ciência de que essa é uma tese nova que ainda não encontra completa guarida na jurisprudência, especialmente nos tribunais locais e nos juízos de primeira instância.

Bem por isso, a partir do presente capítulo, passaremos a analisar os requisitos positivos e negativos que a jurisprudência tem exigido para tipificar o advogado de Estado como litigante de má-fé.

A primeira constatação é que estamos diante de uma responsabilidade subjetiva, em que se exige o dolo para que esteja configurado o dever de indenizar. O agente deve demonstrar inequívoca intenção de praticar as condutas descritas no art. 17 do Código de Processo Civil.

Tão somente culpa, consubstanciada na falta de um dever objetivo de cuidado, não se mostra suficiente. Aqui é possível enquadrar diversas situações vivenciadas pelos advogados de Estado, tais como a falta de estrutura de trabalho cumulada com exacerbado volume de processos.

É importante que nos recursos apresentados contra as decisões que fixam as penas por litigância de má-fé a ausência de dolo seja bem explorada. Esse detalhe mostra-se por vezes suficiente para a reforma dessas decisões.

Nesse sentido vejamos os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. As hipóteses de litigância de má fé estão enumeradas, taxativamente (numerus clausus), no art. 17 do Código de Processo Civil.

2. *Não se verificou, in casu, a litigância de má-fé do Município embargante, pois ausente o dolo.*

3. [...]

2008.001.46529 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa

DES. JOSÉ CARLOS PAES - Julgamento: 22/08/2008

DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 02-03-2013. (grifo nosso)

FAZENDA PÚBLICA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA GRAVE - PENALIDADE AFASTADA - AGRAVO PROVIDO.

“Constatando-se que a Fazenda do Estado, ao arguir indevidamente a prescrição intercorrente, não obrou com dolo ou culpa grave, com a intenção deliberada de prejudicar o credor, não se sustenta a sua condenação por litigância de má-fé”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 0099863-51.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Thales do Amaral.

Disponível em: www.tjsp.jus.br, acessado em 15-03-2013. (grifo nosso)

Em segundo lugar, é importante notar que no mais das vezes o advogado de Estado não tem disponibilidade recursal, ou seja, não lhe é dado decidir *sponte propria* sobre a interposição ou não do recurso processual.

Falta ao advogado de Estado a independência funcional prevista por exemplo para os membros do Ministério Público. A decisão de interpor ou não um recurso não é tomada pessoalmente pelo advogado de Estado, mas por agentes públicos de hierarquia superior, sempre tendo em vista o interesse público defendido em Juízo.

Vejamos a precisa lição de Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷:

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.

[...]

Demais disso, enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aquelas que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública.

Por essa razão, o advogado de Estado não pode ser considerado litigante de má-fé e sofrer as respectivas sanções quando simplesmente interpõe recursos ou pratica atos processuais por dever de ofício.

Nesse sentido também existem diversos julgados, a exemplo dos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NOS ARTS. 16, 17, IV e VII, 18 E 557, § 2º DO CPC. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. [...]

17 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 33, g.n.

4. A multa prevista nos arts. 16, 17, IV e VII e 18 da Lei Adjetiva pressupõe má-fé do litigante, circunstância inexistente quando o Procurador da parte recorre por dever de ofício. [...]"

AgRg no Ag 570545/RJ

Ministro JOSÉ DELGADO

DJ 06.12.2004 p. 203

Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15-03-2013.
(grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. VALOR DA CAUSA. NÃO INDICAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUSCETÍVEL DE PROVOCAR A EXTINÇÃO DO FEITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA.

1. A execução dos honorários advocatícios resultantes da sucumbência pode ser promovida tanto pelo advogado como pela parte por ele representada.

2. Em se tratando de embargos à execução, a falta de indicação do valor a ser atribuído à causa não constituiu irregularidade passível de ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito.

3. O ajuizamento de embargos à execução não pode ser tido, só por si, como conduta abusiva, de modo a autorizar a aplicação da penalidade prevista no art. 17, VI, do CPC, mormente em hipóteses como a dos autos, em que o procurador age por dever de ofício.

4. Recurso especial parcialmente provido.

REsp 910226 / SP Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Data do julgamento: 02/09/2010. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15-03-2013.
(grifo nosso)

Pelo mesmo motivo, a defesa de teses improcedentes não pode configurar a litigância de má-fé. Não é porque uma tese não encontra respaldo na jurisprudência que ela não pode ser defendida, o que por vezes ocasiona até mesmo a modificação do seu entendimento¹⁸.

Não são poucos os casos em que a jurisprudência muda radicalmente, seja pela alteração do entendimento sobre a matéria ou então da composição de determinada câmara ou turma de tribunal.

E mais, normalmente as regras de conduta impostas aos servidores públicos não são alteradas com a velocidade ideal e desejada, comumente vistas para aqueles que trabalham na iniciativa privada.

Quando uma determinada orientação jurisprudencial é pacificada em um determinado sentido, são necessários meses ou até anos para que seja editada uma norma regulamentar formal de dispensa de interposição de recursos.

Aqui podemos verificar um misto dos requisitos anteriores, ou seja, ausência de dolo e falta de disponibilidade recursal.

Vejam os seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Pedido de pagamento de complementação da indenização de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre - DPVAT. Sentença que julgou procedente o pedido.

[...]

4. Defesa de teses improcedentes não configura litigância de má-fé eis que não se amolda a qualquer das hipóteses previstas no art. 17 do CPC.

5. Recurso manifestamente improcedente ao qual se nega seguimento.”

DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 13/08/2008

2008.001.37913 - APELAÇÃO CÍVEL - 1ª Ementa

Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 16-03-2013.
(grifo nosso)

18 Ressalva feita às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e também às matérias decididas consoante o rito dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

Embargos à execução fiscal. ICMS - Certidão da dívida ativa em ordem e com todos os seus requisitos legais presentes. Exigibilidade do crédito tributário que se fez pela declaração da embargante, o que torna desnecessário lançamento de ofício supletivo por parte da Fazenda. Multa devida - Taxa SELIC. Possibilidade da sua incidência. *Litigância de má-fé afastada* - Sentença de improcedência.

Recurso parcialmente provido.

[...]

Por fim, afasto a pena de litigância de má-fé, uma vez que a embargante adotou postura compatível com a defesa de seus interesses, procedendo de forma regular na sustentação de um direito que também julga ter.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para afastar a pena de litigância de má-fé.

Apelação nº 0145308-92.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Ferreira Rodrigues.

Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. a cessado em 16-03-2013. (grifo nosso)

Frise-se ainda a necessidade de que o ato praticado pelo advogado de Estado deva necessariamente ter causado um dano à parte contrária. A tão somente contribuição para a demora do término do processo não é um argumento válido.

Isso em razão da possibilidade de concessão de cautelares, liminares ou antecipações de tutela, bem como a contínua incidência de juros moratórios e de índices de correção dos valores discutidos em Juízo.

Como estamos tratando de responsabilidade processual civil, na nomenclatura utilizada por Alexandre Freitas Câmara¹⁹ antes referida, não há mesmo que se falar em indenização sem a existência de um de seus elementos, qual seja, o dano.

Vejamos os seguintes julgados que bem ilustram o referido requisito:

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181/182.

AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC.*

[...]

2. A condenação prevista no Art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além de demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária. [...]”

REsp 756885 / RJ

RECURSO ESPECIAL 2005/0075774-2

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS

DJ 17.09.2007 p. 255. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20-03-2013. (grifo nosso)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESCISÃO CONTRATUAL. INÉRCIA. PRECLUSÃO DA PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM AS ALEGAÇÕES DO AUTOR. APLICAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, PARÁGRAFO 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE. *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO SENTENÇA MANTIDA.*

1. Nos termos do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, é ônus probatório do autor a demonstração dos fatos alegados como fundamento do direito pretendido.

2. A verba honorária sucumbencial foi fixada equitativamente, como faculta o §4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, que se sobrepõe aos critérios objetivos delimitados no caput do § 3º.

3. *Para a caracterização do “improbus litigator” exige-se prova irrefragável do dolo e demonstração de dano processual à parte contrária.*

4. Agravos retidos não conhecidos, recursos improvidos.

Apelação nº 0005599- 39.2011.8.26.0161, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Artur Marques

Disponível em www.tjstj.jus.br, acessado em 20-03-2013. (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL - *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO* - NÃO CONFIGURAÇÃO - EXECUÇÃO SUSPensa - EMBARGOS RECEBIDOS NO DUPLO EFEITO - ART. 791, I, DO CPC - REAVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO - IMPOSSIBILIDADE - ATO NÃO URGENTE - ART. 793, DO CPC - AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *A caracterização da litigância de má fé não decorre automaticamente da prática de determinado ato processual, mas depende da análise de elemento subjetivo e da constatação do dolo ou culpa grave, necessários para afastar a presunção de boa fé que norteia o comportamento das partes no desenvolvimento da relação processual. (AC 1999.38.00.017321-0/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Conv. Juiz Federal Cleberson José Rocha (conv.), Oitava Turma, e-DJF1 p. 2210 de 17/12/2010). (...) “Para a aplicação da multa por litigância de má fé, necessária se faz a demonstração que tenha havido má-fé por parte da embargante e prejuízo por parte dos embargados. (AC 2004.38.00.015349-7/MG, Rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.340 de 13/07/2011).” (...) (AC 2008.34.00.034075-5/DF, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF1, DJF 09.12.2011)*

2. [...]

Agravo nº 200601000338508, Tribunal Regional da Primeira Região, Relator Silvio Coimbra Mourthé, e-DJF1 de 14/03/2012.

Disponível em: www.jf.jus.br, acessado em 20-03-2013. (grifo nosso)

Como se vê, não é qualquer conduta que pode ensejar a condenação nas penas por litigância de má-fé. O dolo deve estar presente e a conduta deve causar um prejuízo à parte contrária. A interposição de recurso por dever de ofício e a defesa de teses improcedentes não podem dar ensejo à condenação.

Enfim, requisitos que devem estar presentes em toda e qualquer decisão judicial a respeito da litigância de má-fé.

CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nos capítulos anteriores defendemos a posição de que os advogados de Estado não podem ser pessoalmente penalizados por litigar de má-fé consoante os dispositivos do Código de Processo Civil.

A responsabilização dos advogados de Estado deve assim ser apurada em seus respectivos órgãos disciplinares, a exemplo das corregedorias, ou, ainda, nos Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, ou, ainda, em ações próprias, autônomas e distintas, observadas as mais basilares garantias processuais.

Todo esse raciocínio jurídico encontra respaldo no Projeto de Novo Código de Processo Civil que, quando e se aprovado, sedimentará o entendimento ora defendido sobre essa matéria.

O Novo Código de Processo Civil foi aprovado no Senado como Projeto de Lei nº 166/2010. O projeto está na Câmara dos Deputados sob nº 8046/2010, atualmente com a seguinte redação:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

V - cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

Conforme podemos observar, o referido dispositivo do projeto é muito semelhante ao art. 14 e parágrafo único do Código de Processo Civil que ainda está vigente, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973.

O equívoco na pontuação da redação desse dispositivo, mais precisamente nas vírgulas, conforme bem demonstrado no voto do

relator Ministro Maurício Corrêa no julgamento da ADIn nº 2652/03, foi devidamente corrigido.

Mais adiante, ainda no projeto aprovado pelo Senado, podemos verificar a manutenção da nomenclatura do título da Seção II, “Da responsabilidade das *partes* por dano processual”, o que também serve como fundamento para defender a possibilidade de responsabilizar o advogado apenas em ação própria.

A redação do dispositivo posterior ao título da referida Seção é exatamente igual à redação do art. 16 do Código de Processo Civil vigente: *Art. 68. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.*

Em substitutivo que ainda será votado na Câmara dos Deputados, a consolidação das propostas de alteração do projeto aprovado no Senado, até 27/04/2012, aponta para o dispositivo renumerado com a seguinte redação (g.n.)²⁰:

Art. 80. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões judiciais, de natureza antecipatória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso;

VI - no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, declinar o endereço, residencial ou profissional, em que receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.

20 Cf. site do Instituto Brasileiro de Direito Processual: Disponível em: <<http://direitodireitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

§ 1º. O juiz advertirá qualquer uma das pessoas mencionadas no caput de que, nas hipóteses dos incisos IV e V, sua conduta poderá ser punida como ato atentatório ao exercício da jurisdição.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e V do caput deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa fixada de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

§ 3º. Não sendo paga no prazo estabelecido, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, após o trânsito em julgado da decisão que a fixou. A execução da multa seguirá o procedimento da execução fiscal.

§ 4º. A multa prevista no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência daquela prevista no art. 509, § 1º e da periódica prevista no art. 522.

§ 5º. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 2º poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais.

§ 6º. Aos advogados públicos ou privados, aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º. Eventual responsabilidade disciplinar de um desses sujeitos deverá ser apurada pelo órgão competente respectivo, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Contra a decisão que aplica a multa prevista no § 2º cabe agravo.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir a decisão em substituição a ela. (grifo nosso)

Nos termos do dispositivo acima referido, a responsabilidade do advogado deverá ser apurada em regime disciplinar, perante a respectiva corregedoria, ou, então, perante o Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, se for o caso.

O dever pessoal de indenizar poderá ser discutido apenas em ação própria, distinta daquela em que a conduta tida como irregular foi praticada, devidamente observadas as garantias processuais.

Será então a positivação do raciocínio jurídico que entendemos possível, correto e defensável já nos dias de hoje, nos termos a legislação já vigente, tudo conforme procuramos demonstrar no presente trabalho.

6 CONCLUSÃO

1. O tema proposto no presente trabalho tem grande relevo nas bancas da advocacia de Estado, pois ainda são comuns as decisões judiciais que penalizam pessoalmente os advogados por litigância de má-fé.

2. As penas por litigância de má-fé estão no âmbito da responsabilidade subjetiva, ou seja, é imprescindível a existência de dolo ou culpa para a sua correta configuração.

3. Outra importante corrente doutrinária que se relaciona com o tema é a teoria do abuso do direito, fundada no art. 187 do Código Civil.

4. Os artigos 14, 17 e 18 do Código de Processo Civil são aplicáveis somente às partes, e não aos advogados de Estado. Estes devem responder por seus atos perante as respectivas corregedorias, perante os Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil ou ainda em ações indenizatórias autônomas.

5. Ainda que assim não se entenda, a jurisprudência enumera requisitos positivos e negativos para que o advogado de Estado seja condenado por litigância de má-fé:

- a) deve estar presente o dolo;
- b) a prática do ato não pode ter como razão o cumprimento do dever de ofício;
- c) a simples defesa de teses improcedentes é insuficiente para a condenação;
- d) o ato deve ter causado um efetivo prejuízo à parte contrária.

6. O Projeto de Novo Código de Processo Civil, quando e se aprovado, vai sedimentar o entendimento sobre a impossibilidade de condenação dos advogados de Estado nas penas por litigância de má-fé.

No referido projeto existe dispositivo expresso no sentido de que a responsabilidade do advogado deva ser apurada de forma disciplinar, e não no mesmo processo em que praticada eventual irregularidade na atuação profissional.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* - v. I. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COCCARO FILHO, Celso Augusto. *Responsabilidade do Advogado Público*. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa fê objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOLTANOVITCH, Renata. *Responsabilidade processual*. 1ª reimpressão. São Paulo: Scortecci, 2010.

PROBLEMÁTICA NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA NA ESFERA DOS JUIZADOS ESPECIAIS NO ÂMBITO DOS ESTADOS

*THE PROBLEM IN JUDICIAL EXECUTION AGAINST THE STATE IN
THE SPECIAL COURTS*

Eduardo Fronzaglia Ferreira

Procurador do Estado de São Paulo

*Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria
do Estado – ESPGE, Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie
e em Administração de Empresas pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Execução contra a Fazenda e Juizado Especial; 2 A norma especial do Juizado; 2.1 O sistema dos Juizados; 2.2 A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil; 2.3 Dos embargos à execução; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca examinar um dos problemas práticos surgidos na fase de execução contra a Fazenda na esfera dos Juizados Especiais Cíveis. A lei 12.153/09, que criou os Juizados Estaduais da Fazenda Pública, em nenhum momento trouxe previsão como deve ser processada a execução em face da Fazenda, o que leva a uma divergência de interpretações por parte dos juízes. Tal execução, como será demonstrado, possui aspectos próprios para evitar que sejam despendidos do erário valores indevidos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Fazenda. Juizado. Embargos. Erário.

ABSTRACT: This paper examines the practical problem of judicial execution against the state in the Special Courts. The Law n° 12,153/09 does not regulate the execution, which gives rise to different interpretations by judges. Demonstrate that certain aspects must be respected to protect the purse.

KEYWORDS: Execution. Public Purse. Special Court. Appellate.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo investigar um dos problemas processuais decorrentes da interpretação jurisprudencial na esfera dos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública.

Os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública tiveram sua criação com a recente lei 12.153/09. Devido à novidade legislativa, era até esperado o surgimento de divergências quanto à interpretação do novo diploma, como de fato ocorreu.

Para enfrentar o problema, o trabalho abordará a fase de execução por quantia certa contra a Fazenda e procurará apresentar as peculiaridades que envolvem este tipo de execução. O problema central a ser analisado é a interpretação jurisprudencial que afasta da Fazenda Pública a oportunidade de oposição da ação de embargos à execução, prevista no artigo 730 do Código de Processo Civil.

A nova lei foi omissa sobre o tema da execução, o que leva à necessidade do interprete analisar diferentes diplomas para concluir quais dispositivos deve aplicar para operar a execução contra a Fazenda.

O que tem sido visto na prática, especialmente do Estado de São Paulo, é que os juízes, após o final da fase de conhecimento, ordenam a expedição de ordens de pagamento de pequeno valor ou precatórios sem possibilitar o ajuizamento dos embargos à execução pela Fazenda.

Segundo o entendimento da jurisprudência, a oposição desta ação seria incompatível com a celeridade buscada na esfera de alçada. Tal entendimento, como será demonstrado a seguir, carece de previsão legal, pois não há qualquer norma que permita aos magistrados excepcionarem a regra do artigo 730 do CPC. Verificaremos, ainda, que tal posicionamento, além de ilegal, viola expressamente o artigo 100 da Constituição Federal, que exige o trânsito em julgado dos valores discutidos em juízo.

O que ocorre, neste aspecto, é uma forma prejudicial de ativismo judicial, pois os magistrados passam a ignorar a lei, criando eles próprios a forma de condução da marcha processual.

Demonstraremos que esta postura é prejudicial em relação aos demais poderes da República e, em especial, como afeta a Fazenda Pública, que passa a litigar em condições piores que o particular.

Assim, no capítulo 1, faremos uma apresentação detalhada do problema a ser analisado, apontado por que entendemos que tal interpretação dos magistrados configura uma forma de ativismo judicial prejudicial aos demais poderes que constituem a República.

Por fim, no capítulo 2, demonstraremos quais normas que compõem o sistema dos Juizados Especiais no Brasil e a necessidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a este sistema.

Abordaremos a necessidade de possibilitar à Fazenda a utilização dos embargos à execução, sugerindo qual seria a correta interpretação da legislação existente.

O trabalho busca, acima de tudo, provocar uma reflexão sobre o problema.

Aponta possíveis consequências que tal interpretação pode provocar, como o aumento da insegurança jurídica por aqueles que buscam a tutela jurisdicional e uma possível sangria indevida dos cofres públicos.

Vindo a público o presente trabalho, espera-se que ele possa servir para instigar os debates em torno das regras que envolvem a execução contra a Fazenda Pública na esfera dos Juizados Especiais Estaduais, servindo para inspirar os procuradores do Estado que atuam nesta esfera, para que possam provocar os juízes a adotarem uma postura mais cautelosa nas questões que envolvem o erário.

1 EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA E JUIZADO ESPECIAL

No ano de 2010 entrou em vigor a lei 12.153/09, que cria os juizados especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios.

Até então os únicos entes estatais fazendários que litigavam na esfera dos juizados especiais eram a União e suas autarquias, com previsão na lei 10.259/01. A nova inseriu as Fazendas Estaduais e Municipais, grandes litigantes de massa, na esfera do juízo de pequenas causas (até 60 salários mínimos).

Buscou o legislador, dentro do espírito das causas de alçada, reduzir os efeitos perversos da demora dos procedimentos ordinários, na tentativa de proporcionar aos jurisdicionados um rito enxuto, informal e de procedimentos rápidos para obtenção de maior celeridade nos litígios em que as Fazendas estaduais e municipais sejam partes.

A inovação legislativa vem oferecendo um enorme desafio, especialmente para os procuradores dos Estados, na medida em que estes passam a atuar em feitos com prazos exíguos, perdendo grande parte das suas prerrogativas processuais, tais como as previstas no artigo 188 do Código de Processo Civil que permitem à Fazenda responder no quadruplo e recorrer em dobro do tempo oferecido ao particular.

Em princípio, parece uma evolução a criação dos juizados estaduais da Fazenda pública. A prática, contudo, não tem confirmado

tal perspectiva, pois a lei não levou em consideração aspectos atinentes às dificuldades devidas ao tamanho da Fazenda Pública, que atua em milhares de processos e não possui estrutura burocrática suficiente para buscar as informações necessárias às suas defesas em prazos tão curtos.

Não bastasse a dificuldade gerada pelos prazos, a novidade legislativa vem causando uma série de interpretações processuais divergentes, havendo dúvidas, por exemplo, quanto ao modo de execução, ao início da contagem de prazo de resposta, à competência para determinadas matérias, dentre outras.

Os problemas processuais são variados e, por enquanto, num horizonte próximo, não se vislumbram soluções que os uniformizem.

Isto porque os juizados especiais são extremamente pulverizados e não se submetem, em termos recursais, ao Tribunal de Justiça do Estado, mas aos colégios recursais.

Só para elucidar, no Estado de São Paulo existem cinquenta e seis colégios recursais no interior e cinco na Capital¹.

Isso significa que cada um dos sessenta e um colégios recursais pode firmar jurisprudência própria que não será reexaminada, senão pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário, como prevê o artigo 102, III e alíneas da Constituição Federal, cuja interposição, como a própria nomenclatura prevê é extraordinária. Além dos entraves normas à interposição dos recursos, há outros requisitos de difícil atendimento em um juízo de pequenas causas, como a repercussão geral e a violação direta à Constituição.

Diante deste quadro, o que se verifica é que os juizados especiais se transformaram em pequenos universos cujos juízes são senhores supremos de seus processos, não havendo fórmulas processuais eficazes para alterar o posicionamento de uma turma recursal, especialmente no que concerne à matéria processual. Assim, quando demandas no Juizado Especial, as Fazendas Públicas atuam numa esfera em que impera a máxima insegurança jurídica, pela multiplicidade de orientações judiciais em sentidos diferentes, não passíveis de uniformização pela via recursal difusa.

Uma dessas orientações que vem gerando conflito decorre das omissões da lei 12.153/09 quanto à execução contra a Fazenda no âmbito dos Juizados Especiais. Este será o ponto abordado no presente trabalho.

Cumprindo observar, preliminarmente, que a finalidade precípua da execução é a expropriação forçada de bens do devedor para a satisfação do credor. O Código de Processo Civil enumera as formas de expropriação no artigo 647. Consistem em:

¹ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/JuizadosEspeciais/Default.aspx?f=1>> Acesso em: 07 mar. 2013.

- a) adjudicação em favor do exequente;
- b) alienação por iniciativa particular;
- c) na alienação em hasta pública e
- d) no usufruto de bem móvel ou imóvel. Quando a Fazenda Pública é executada tais regras não são aplicadas. Pois os bens são públicos e, portanto, regidos por um regime jurídico diferente do privado. O regime jurídico de direito público tem como características fundamentais a inalienabilidade e a impenhorabilidade.

Bens públicos não estão sujeitos à penhora. Eles devem estar disponíveis para o desenvolvimento das atividades estatais, que restariam prejudicadas pela indisponibilidade dos bens. Encontra-se na mesma linha, a alienação. Para que bens públicos possam ser alienados há uma série de requisitos, tais como a presença de interesse público, avaliação, autorização legislativa e licitação.

Ante tais características, houve a criação de uma sistemática própria para a execução por quantia certa contra a Fazenda, pois os pagamentos são feitos independentemente da expropriação de bens, pela sistemática dos precatórios ou requisições de pequeno valor, previstos no artigo 100 da Constituição Federal, com objetivo de dar cumprimento às ordens judiciais de pagamentos de quantia certa, de forma consentânea com regras orçamentárias.

Desse modo, a execução contra a Fazenda segue algumas regras que lhe são próprias, com o procedimento capitulado pelo art. 730 do Código de Processo Civil, seguindo-se, necessariamente, da citação da Fazenda para oportunizar a oposição dos embargos à execução. Este, portanto, é o procedimento necessário pelo qual se deve operar a execução em face da Fazenda, sem o qual não há o trânsito em julgado dos valores discutidos no processo.

Há que se consignar que após a Emenda Constitucional nº 30/2000, passou a ser necessário o prévio trânsito em julgado do processo para a expedição do precatório ou a requisição de pequeno valor. A regra foi mantida pela Emenda nº 62//2009². O intuito da regra é evitar o dispêndio de verba pública em processos cujo resultado ainda é incerto, por decisões que poderiam ser alteradas diante da interposição de recursos.

² Art.100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, vem virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...]

Isto significa que os embargos à execução opostos pela Fazenda devem ser recebidos necessariamente no efeito suspensivo para obstar o andamento da execução, pois a norma constitucional só permite a expedição do pagamento quando não houver mais discussão acerca dos valores.

Conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno, “o trânsito em julgado que autoriza a execução contra a Fazenda só pode ser o dos embargos à execução, superados, pois, os processos de conhecimento e o de eventual liquidação...”³. Assim, a Constituição veda a expedição de precatórios enquanto estiverem sendo discutidos em juízo os valores da condenação, dependendo tal expedição do trânsito em julgado da sentença dos embargos. É devido ao efeito do mandamento constitucional que o sistema processual não permite a execução provisória em face da Fazenda Pública, como muito bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VALOR INCONTROVERSO. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. DISCUSSÃO DA PRESCRIÇÃO EM EMBARGOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

[...]

2. É cediço que na obrigação de pagar quantia certa, o procedimento executório contra a Fazenda é o estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser aplicado em harmonia com as normas constitucionais, que determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. [...]

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

3 BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – uma proposta atual de sistematização*. Processo de Execução. Coordenação de Sergio Shimura e Teresa Arruda Alvin Wanbier. São Paulo: RT, 2001.

3. O acórdão recorrido deve ser mantido pelos seus próprios termos por espelhar a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual mostra-se inviável a execução provisória contra a Fazenda Pública, nos casos de execução de valores incontroversos, pois ainda é objeto de embargos a alegação de prescrição no qual, se procedente, resultará na extinção da execução.

[...]

(REsp. 1271184/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 21/09/2011).

Se houvesse possibilidade de o Estado pagar verbas antes do trânsito em julgado, e a decisão fosse revertida com o julgamento dos embargos, seria necessária a repetição dos valores, o que não é tão simples e muitas vezes dependeria do ajuizamento de uma ação, gastando-se enorme tempo até o reconhecimento do direito. Fora isso, o resultado seria incerto. Ocorreria que o Estado ficaria privado da utilização desta verba para tocar seu programa de governo. A regra, portanto, busca evitar tal situação.

Conclui-se do exposto que para haver expedição de precatórios ou requisições de pequeno valor (RPV) é necessário o trânsito em julgado dos embargos, o que passa necessariamente pelo caminho processual previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil, devendo a Fazenda ser citada para opor seus embargos à execução. Em havendo a rejeição dos embargos, poderá ser expedido o precatório ou RPV.

Seguindo a regra constitucional, nova lei 12.153/09, em seu artigo 13, dispõe sobre a sistemática aplicada à expedição de requisições de pequeno valor e precatórios no âmbito dos Juizados da Fazenda Pública, reproduzindo a diretriz constitucional. Como não poderia deixar de ser, exige-se o trânsito em julgado:

Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, *após o trânsito em julgado da decisão*, o pagamento será efetuado:

I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3º do art. 100 da Constituição Federal; ou

II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor.

§ 1º Desatendida a requisição judicial, o juiz, imediatamente, determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão, dispensada a audiência da Fazenda Pública.

§ 2º As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação.

§ 3º Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2º, os valores serão:

I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;

II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios.

§ 4º São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I do capute, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 5º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório. [...]

Numa leitura atenta do dispositivo supracitado não se verifica qualquer incompatibilidade entre as regras do art. 730 do CPC e a do art. 13 da lei do Juizado Especial, o que leva à conclusão que a lei especial não impõe óbice ao ajuizamento dos embargos à execução.

Da mesma forma que a Constituição, a lei 12.153/09 exige o trânsito em julgado da decisão, mas não indica o rito processual necessário para o atendimento da regra. Não há, frise-se, qualquer indicativo razoável que permita uma interpretação afastada da aplicação do rito da execução contra a Fazenda, previsto no CPC. Muito pelo contrário, o artigo 27 da lei 12.153/09, prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de

Processo Civil, numa alusão clara que a regra do artigo 730 do Código de Processo deve ser aplicada nos juizados.

Não obstante, ocorre que, em diversas varas do juizado, especialmente na Capital, os juízes não estão aplicando a normativa prevista no artigo 730 do Código de Processo Civil, não sendo determinada a citação da Fazenda para eventual oposição dos embargos à execução.

Repetidas vezes, a Fazenda tem sido intimada para falar sobre os cálculos apresentados pela parte na fase de execução, no prazo de dez dias⁴. Após, os juízes frequentemente ordenam a expedição de requisições de pequeno valor (RPV).

São flagrantes as ilegalidades e inconstitucionalidades praticadas contra a Fazenda. Ao tolher o direito de oposição de seus embargos, o Poder Judiciário acaba na prática legislando a forma como deve ser conduzido o processo numa forma perniciosa de ativismo judicial.

Tal posicionamento do Poder Judiciário fundamenta-se em doutrinas que entendem, com base no princípio da celeridade dos juizados, ser necessária a concentração de toda a discussão da causa, inclusive àquela atinente aos valores, na própria contestação. Há, assim, a concentração de toda a discussão referente à liquidação dos valores no processo de conhecimento, levando-se à conclusão que em nome da celeridade e informalidade, a causa submetida ao juizado adquire feições não previstas nas normas aplicáveis, afastando-se a citação para oposição dos embargos. Desta forma, caso condenada num valor que entenda excessivo, a Fazenda só poderia impugnar os cálculos no exíguo

4 Data de disponibilização: 07/08/2012 - Órgão Judicial: DJSP - CADERNO 3 JUDICIAL 1ª INSTÂNCIA CAPITAL. Fórum Hely Lopes / 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública EDITAL DE INTIMACAO DE ADVOGADOS RELACAO N 0104/2012 Processo 0005418- 37.2012.8.26.0053 - Procedimento Ordinário - Gratificação Incorporada / Quintos e Décimos / VPNI - Jose Goncalves Dias - São Paulo Previdência - SPPREV - C - 302/12 - Vistos. Fls. 32: Manifeste-se o réu pelo prazo de 10 dias. Int. - ADV: CRISTIANO APARECIDO NEVES (OAB 209172/SP), LILIAN RODRIGUES GONCALVES (OAB 88030/SP).

Data de disponibilização: 12/08/2011 - Órgão Judicial: DJSP - CADERNO 3 JUDICIAL 1ª CAPITAL. Fórum Hely Lopes / 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública EDITAL DE INTIMACAO DE ADVOGADOS RELACAO N 0312/2011 Processo 0022450- 26.2010.8.26.0053 (053.10.022450-7) - Procedimento Ordinário - Pagamento - Paulo Furtado de Oliveira Filho - Fazenda do Estado de São Paulo - FESP - Proc. n.º C - 77/10, fls. 142 : - Vistos. Fls. 107 e seguintes: com razão a parte, uma vez que foi expedido o ofício requisitório sem que fosse dada oportunidade a Fazenda para se manifestar sobre os cálculos apresentados. No entanto, em observância aos princípios norteadores do Juizado Especial, não é o caso de anular os atos praticados, pois a ré dispõe de 60 (sessenta) dias para efetuar o pagamento, de modo que pode manifestar-se sobre o valor antes mesmo do decurso desse prazo. Ademais, eventual diferença a ser apurada pode ser solucionada com a devida retificação do ofício requisitório. Assim, manifeste-se a ré sobre os cálculos apresentados, no prazo de 10 (dez) dias e, em seguida, tornem. Intime-se. São Paulo, 04 de agosto de 2011. - ADV: FERNANDO FRANCO (OAB 146398/SP).

prazo de 10 (dez) dias previsto para interposição do Recurso Inominado. Assim, grande parte da jurisprudência dos juizados especiais entende ser incabível ao Estado valer-se dos embargos à execução. A primeira turma do juizado especial federal de Minas Gerais editou a súmula nº 10 no seguinte sentido:

Não há vulneração ao princípio do contraditório pela ausência de vista sobre os cálculos quando estes, considerados da lavra do juízo, integram a sentença como resultado do convencimento, podendo eventual irresignação da parte em relação ao valor da condenação ser argüida em recurso, cabível nos termos do art. 41 da Lei 9.099/95.

Seguindo a mesma linha, a segunda turma do mesmo juizado editou a súmula número 9:

Não constitui violação ao princípio do contraditório e, por conseguinte, fundamento para a nulidade da sentença, o fato de a parte vencida não ter tido vista antecipada dos cálculos que a fundamentaram, já que a especificação dos valores devidos tem por objeto tornar líquida e certa a obrigação reconhecida no *decisum*.

Percebe-se, assim, que a discussão sobre valores fica limitada à fase de conhecimento do processo, não se cogitando de problemas que podem ocorrer durante a fase executiva.

Por fim, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), no seu enunciado 13, decreta que “*Não são admissíveis embargos de execução nos Juizados Especiais Federais, devendo as impugnações do devedor serem examinadas independentemente de qualquer incidente*”.

Ou seja, para grande parte da jurisprudência, nos juizados especiais o trânsito em julgado prescinde dos embargos à execução, passando-se diretamente da condenação na fase de conhecimento à requisição do valor devido.

Tal posição carece de sustentação legal. A lei 12.153/09, no artigo 13, dispõe a forma como deve ser realizado o pagamento após o trânsito em julgado, mas não estabelece o rito processual necessário para tanto. Ao afastar a regra do artigo 730 do CPC, os juízes ignoram a opção política feita pelo legislador, numa ingerência indevida sobre o poder legislativo. Não se pode, diante da ordem normativa que prevê as formas da condução processual, reescrever um novo texto que se deseja aplicar. Especialmente porque o Poder Judiciário não possui esta função constitucional, não cabe ao Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo.

A tripartição das funções estatais tem a finalidade não só de delimitar as atribuições de cada um dos Poderes do Estado, como também e, principalmente, evitar que se instaurem *conflitos de competência* entre eles, daí a necessidade do efetivo respeito, por todos os Poderes, de tais limites, sem os quais se instaurará o arbítrio e a usurpação de um Poder sobre o outro, com todos os riscos à ordem pública e constitucional daí decorrentes.

É certo que tal postura ativista do Poder Judiciário acaba por prejudicar toda a sociedade, na medida em que descumpre a exigência constitucional do trânsito em julgado.

Ora, se existe lei (Código de Processo Civil) que estabelece o trâmite processual necessário para a execução contra a fazenda e esta não foi revogada pela lei do juizado, o caminho a ser percorrido está previamente fixado. Para que uma decisão de pagar valores seja coberta pelo manto da coisa julgada, deve seguir o caminho do artigo 730 do CPC, sem o qual não ocorrerá o trânsito em julgado.

Sem embargo, o descumprimento da regra implica pagamento indevido ao não possibilitar a discussão dos valores devidos em sede de embargos.

O dispêndio de verba indevida ao particular acaba por prejudicar todo o funcionamento do Estado, haja vista que tal verba poderia ir para programas estatais em cumprindo das políticas públicas previstas no plano governamental. Daí as consequências perversas ao Poder Executivo. O Poder Legislativo não sai incólume. Decisões que desconsideram dispositivos legais transformam o processo legislativo em mera alegoria. Ou seja, os parlamentares são eleitos pelo povo, recebem salário para exercer suas funções constitucionais e acabam, na prática, por ter seu trabalho anulado no momento em que um magistrado ignora a lei.

Segundo nos ensina Luís Roberto Barroso⁵, a jurisdição deve ser bem exercida, em respeito aos outros poderes da República:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada no parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam a sociedade pluralista. Por essa razão, o STF deve ser deferente com as deliberações do Congresso.

5 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. Saraiva, 2009. p. 340.

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm voto. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

No transcurso do presente trabalho, fundamentaremos como tal posicionamento adotado por parte da magistratura viola a ordem normativa, prejudicando os entes públicos estaduais e municipais.

2 A NORMA ESPECIAL DO JUIZADO

2.1 O sistema dos juizados

O artigo 1º da lei 12.153/09 nos apresenta a expressão “Sistema dos Juizados Especiais estaduais”, que é formado pelos “Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública”.

É chamado de sistema porque congrega um conjunto de elementos principiológicos e materiais que têm como núcleo básico o artigo 98, I da Constituição Federal⁶.

O sistema é abrangido por três leis: lei 9.099/95 (trata do Juizado Cível e Criminal para particulares), lei 10.259/01 (trata do Juizado da Fazenda Pública Federal) e, finalmente lei 12.153/09 (que trata do Juizado das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais).

Procura-se responder a razão pela qual deve ser dada oportunidade à Fazenda de embargar a execução. Trata-se basicamente de interpretar as normas dispostas de uma maneira coerente com o espírito do sistema.

2.2 A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil

A lei 12.153/09 não deixa margem para interpretações esdrúxulas. Em seu art. 27, prevê que, subsidiariamente a ela, aplicam-se a lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), a lei 5.869/73 (Código de Processo Civil) e a lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais

6 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau [...]

Federais). Normas que, como se viu, compõem o sistema dos Juizados Especiais em que a Fazenda Pública Estadual for parte.

O dispositivo se alinha às regras de aplicação adotadas pelo sistema brasileiro para solução de antinomias, em que o interprete busca aplicar a lei especial para situações especiais.

Nestes termos, se a lei 12.153/09 não trouxer a regra processual aplicável ao caso, esta regra deve ser buscada na lei 9.099/95 ou 10.259/01, especiais ao sistema dos juizados.

Em não havendo previsão nas leis da alçada, o dispositivo supracitado conduz à busca de soluções no diploma do Código de Processo Civil, fora do sistema dos juizados.

E nem poderia ser diferente, pois a regras processuais devem estar previstas em leis, ante o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Não se admite que, em havendo previsões legais quanto a procedimentos processuais, o juiz possa criar uma nova norma, como vem ocorrendo no caso em exame.

Os procedimentos processuais que visam aperfeiçoar o princípio da celeridade estão previstos nas leis dos juizados. Caso não haja previsão processual específica em tais diplomas, não se pode interpretar que a aplicação das normas subsidiárias previstas no Código de Processo ofende a celeridade do sistema, mas ao contrário, cumpre a garantia do devido processo legal. Se a ação de embargos à execução fosse, de fato, incompatível com a celeridade, teria o legislador criado um regramento específico na lei 12.153/09 a ser aplicado com base na especialidade da lei.

Sobre devido processo legal, ensina Humberto Theodoro Júnior⁷:

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo, como meio indissociável à realização da justiça.

A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5º, XXXV).

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (Constituição Federal, art.5º, incs. LIV e LV).

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 29.

Portanto, a aplicação do Código de Processo Civil, em especial o regramento que permite à Fazenda valer-se dos embargos à execução, obedece a forma da lei e tem respaldo em princípios constitucionais, não sendo cabível aos juízes violar o princípio do devido processo legal, para criar novas formas processuais não previstas no sistema.

Cumpra esclarecer que o princípio do devido processo legal não é incompatível com o princípio da celeridade. Muito pelo contrário, como exposto por Humberto Theodoro Júnior⁸:

A exemplo da Constituição Italiana, também a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar “a razoável duração do processo” e dos meios que proporcionem “a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004).

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo” com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Concluimos, portanto, que a aplicação do Código de Processo Civil é prevista na própria lei especial, não sendo correto interpretar tal aplicação como violadora do princípio da celeridade. É desejável a aplicação da regra especial por estar prevista em lei, o que dá segurança jurídica ao sistema.

2.3 Dos Embargos à Execução

Trazendo à baila o processo de execução, não há qualquer norma que preveja o procedimento executivo no seio da Lei 12.153/09. Tampouco a Lei dos Juizados Federais da Fazenda, que deveria oferecer um norte, prevendo a forma de execução da Fazenda no âmbito do Juizado, traz qualquer previsão.

Haveríamos de nos socorrer, desta forma, do subsequente diploma que trata da sistemática das causas de alçada, a Lei 9.099/95. Esta sim traz em seus artigos 52 e 53, a fórmula do procedimento executivo nos Juizados. Contudo, cabe o questionamento: será que estes dispositivos poderiam ser aplicados à Fazenda Pública?

8 THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 30.

Parece que não totalmente. Os aludidos dispositivos legais trazem questões incompatíveis com as normas públicas às quais a Fazenda se submete. O inciso VII do art. 52 prevê procedimentos como “alienação forçada de bens”, dispõe sobre “bem penhorado”. Estas fórmulas não cabem para a Fazenda, mas aos particulares, conforme nos ensina o Professor Leonardo Carneiro da Cunha⁹:

Quando a Fazenda Pública é executado, todas essas regras não têm aplicação, eis que os bens públicos revestem-se do timbre da impenhorabilidade e da inalienabilidade.

Neste caso, ou seja, sendo o executado a Fazenda Pública, não se aplicam as regras próprias da execução por quantia certa contra devedor solvente, não havendo a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação do crédito.

Sem embargo, resta claro que parte dos dispositivos supramencionados da Lei 9.099/95 não se aplica à Fazenda, uma vez que esta sujeita-se à sistemática constitucional dos pagamentos via precatórios ou requisições de pequeno valor, pois os valores são despendidos pelo erário.

Vale lembrar que a Lei 9.099 foi pensada para litígios entre particulares, pois o próprio art. 3º exclui da competência dos Juizados as causas de interesse da Fazenda Pública¹⁰. Resta, neste contexto, saber quais dispositivos da lei 9.099 seriam compatíveis com as normas de direito público em que a Fazenda se insere.

Pois bem. Sem previsão de procedimento executivo nas leis dos juizados da Fazenda Estadual e Federal e não sendo possível a aplicação de boa parte dos dispositivos contidos na lei 9.099/95, só nos resta a aplicação das disposições contidas no próprio Código de Processo Civil, subsidiárias à Lei 12.153/09 por previsão expressa de seu art. 27.

Assim, a execução contra a Fazenda Pública, em processos dos Juizados Especiais, teria que seguir a o sistema do art. 730 e seguintes do CPC, devendo a Fazenda ser citada para opor embargos à execução. Embargos que só poderiam ser recebidos no efeito suspensivo, na medida em que o texto constitucional só permite a expedição de precatórios ou RPVs após o trânsito em julgado da sentença dos embargos. Isto porque

9 CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. Dialética, 2012. p. 282.

10 Art. 3º [...] § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. (destacamos).

é temerário haver pagamento de verba pública enquanto não estejam decididos em definitivo os valores discutidos.

A oposição dos embargos visa discutir valores em que a Fazenda tenha sido condenada, de modo a evitar eventual pagamento a maior. O objetivo é a preservação do orçamento, que não pode ficar à mercê de entendimentos divergentes ao longo do processo. Não sem motivos a Constituição exige o trânsito em julgado dos embargos para a efetivação dos pagamentos.

Esta conclusão recebe críticas dos defensores do processo célere, afinal, o principal objetivo da criação dos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública é acelerar a tramitação dos processos, devendo ser sumarríssimo o rito nesta esfera.

Sem dúvida, a adoção do sistema do CPC é repudiada por parte da magistratura, pois partem da linha que tornaria ordinário o procedimento do Juizado e prolongaria o trâmite processual, violando o espírito de sua criação.

Como foi demonstrado alhures, esta não é a melhor interpretação, pois o rito do CPC é previsto expressamente como subsidiário e com certeza, sob uma ótica do legislador, não há ofensa à celeridade.

Sem embargo, a celeridade não deve ser buscada a qualquer preço, em desrespeito ao princípio do devido processo legal, que é garantia constitucional dos litigantes. Pois se a lei não prevê alternativas ao rito do CPC, é este que deve ser aplicado.

Para que se evitasse a aplicação do CPC, bastaria que o legislador previsse na lei 12.153/09 ou nas leis 10.259/01 e 9.099/95 formas de se executar a Fazenda Pública e, sem sombra de dúvidas, o problema estaria resolvido. Utilizaríamos o critério da especialidade na aplicação da norma. Mas não foi o que ocorreu, não havendo alternativa à aplicação do CPC.

Abstraindo eventuais críticas ao uso da sistemática do Código de Processo Civil na esfera de alçada, questiona-se: será que os embargos à execução seriam tão incompatíveis assim com a celeridade?

Parece-nos que não! Ora, a própria lei 9.099/95, tratando de litígio entre particulares, dispõe claramente em seu art. 52, IX, que “*o devedor poderá oferecer embargos nos autos da execução*” trazendo o rol de matérias que podem ser tratadas nos embargos, matérias que, diga-se, coincidem em grande parte com o rol de matérias dos embargos à execução contra a Fazenda do art. 741 do CPC:

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

[...]

IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:

- a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;
- b) manifesto excesso de execução;
- c) erro de cálculo;
- d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

Para fins de comparação, trazemos o artigo 741 do CPC, que prevê as hipóteses de oposição de embargos à execução:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

[...]

É de fácil percepção que o dispositivo do CPC é bem próximo ao da lei 9.099/95.

Partindo da visão de Robert Alexy¹¹, de que os princípios são mandados de otimização, devendo o legislador aprovar leis (regras) que

11 ALEXY, Robert. ZumBegriff des Rechtsprinzips. In: Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 1995. p. 204 apud AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

deem aplicabilidade a estes princípios, só nos cabe a conclusão de que os embargos não violam a celeridade.

Isso porque a lei 9.099 foi escrita buscando dar concretude à celeridade processual e ela própria garante ao particular a possibilidade de valer-se dos embargos do devedor.

Questiona-se: se lei célere contém previsão expressa que permite a oposição dos embargos ao particular, como é possível concluir que os embargos opostos pela Fazenda violariam a celeridade?

Seria um contrassenso, portanto, não permitir a utilização dos embargos à execução pela Fazenda.

Importa frisar que uma execução em face da Fazenda Pública deve envolver mecanismos processuais que promovam a segurança jurídica, haja vista estar sendo resguardado o erário, verba que pertence a toda sociedade. Neste sentido, interpretar que em lides de até 40 (quarenta) salários mínimos (lei 9.099/95) é possível ao particular valer-se de embargos à execução, e, para a Fazenda Pública, que enfrenta milhares de demandas, cujo escopo é a defesa do erário, tal prerrogativa não seria possível, parece total equívoco.

O mesmo se diga quanto à violação do princípio da celeridade, que na ótica dos juízes seria violado nos embargos à execução opostos pela Fazenda, mas permitido ao particular.

Tal postura adotada demonstra-se violadora do princípio da igualdade processual.

Sem embargo, devem os juízes aplicar a norma buscando a igualdade das partes, o fazendo não de maneira retórica, mas de forma substancial, como muito bem previu o legislador.

Cândido Rangel Dinamarco nos leciona sobre tal princípio¹²:

O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, caput, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que por ventura existam. Tal é o significado da fórmula *tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*. A leitura adequada do art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz, a *prática e preservação* da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, também é indispensável neutralizar as desigualdades. Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Malheiros, 2009. p. 213.

– fraquezas de toda ordem, como pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral.

Neste diapasão, é inegável que o impedimento de a Fazenda se valer dos embargos não permite que a mesma litigue em pé de igualdade com o particular. Este estaria numa situação superior.

Supondo, por exemplo, que a Fazenda saia vencedora numa causa em trâmite no juizado e a outra parte recorra. Confirmada a sentença no acórdão, pode o particular ser condenado em custas e honorários. E, ao ser executado, poderá embargar a execução caso entenda estar presente alguma das hipóteses do artigo 52 da lei 9.099. Neste mesmo caso, porventura a Fazenda perder, não será aberta oportunidade de oposição de embargos pela mesma.

O exemplo apenas ilustra como tal entendimento viola em demasia até mesmo o bom senso.

É sabido que o sistema processual brasileiro sempre acautelou os entes estatais em seus procedimentos, permitindo prazos diferenciados para resposta e recursos (art. 188 do CPC), fixação de honorários em nível inferior (art. 20, § 4º do CPC), duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475) e possibilidade de suspensão de liminares.

Tais prerrogativas, contudo, não podem ser vistas como privilégios, uma vez que a Fazenda está em defesa do erário. Ou seja, o bem protegido é de extrema importância, pois dele depende o funcionamento do Estado.

Assim, os procedimentos processuais a que a Fazenda se submete são uma fórmula de alcançar o verdadeiro sentido do princípio da isonomia dentro de uma ótica aristotélica de tratamento dos desiguais na medida de sua desigualdade.

Como muito bem salienta Leonardo José Carneiro da Cunha,¹³ a Fazenda Pública se encontra numa condição diferenciada das demais pessoas particulares, isso reforça a tese de que suas prerrogativas são tidas como legítimas:

Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Além do mais, “quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente

13 CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. Dialética, 2012. p. 32.

essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.”¹⁴

Isso já seria suficiente para demonstrar que a Fazenda Pública apresentase em situação bastante diferenciada em relação aos particulares, merecendo, portanto, um tratamento diverso daquele que lhe é conferido. [...] Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais da Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativa*, eis que contém fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. [...] Sendo a Fazenda Pública desigual frente ao particular, somente será atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento desigual.

Considerando que o princípio da isonomia decorre dessa ideia de tratar igualmente os iguais, tratando os desiguais de maneira desigual, existem várias regras no Código de Processo Civil, que contemplam tratamento desigual, e nem por isso se está a afrontar o princípio da isonomia. Muito pelo contrário. Nesses casos, atende-se o princípio da isonomia.

Nesta linha, partindo-se do fato que a Fazenda é possuidora legítima de suas prerrogativas, devendo receber tratamento processual diferenciado por tutelar o interesse público, ao receber nos juizados tratamento pior que o particular, conclui-se que a violação ao princípio da isonomia ganha conotação ainda mais extensa.

O que se verifica em tais casos é uma proteção do patrimônio individual em detrimento do erário, afrontando-se um dos maiores objetivos da República: a construção de uma sociedade justa.

Portanto, podemos dizer que decisões que impeçam a Fazenda Pública de opor seus embargos à execução violam clara e frontalmente o princípio da isonomia, não atendendo os dispositivos da Constituição Federal transcritos no artigo 3º I e III, e 5º, caput.

14 MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo. Coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 69, apud Leonardo Carneiro da Cunha.

3 CONCLUSÃO

Com o advento da lei 12.153/09, que instituiu os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, houve a inauguração dos litígios de pequenas causas em face das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais. A lei buscou atender o comando do artigo 98, I, da Constituição Federal, permitindo que jurisdicionados possam se valer de um procedimento célere nos litígios contra a Fazenda.

A introdução da nova sistemática gerou divergências de interpretação por parte dos juízes, especialmente com relação às normas de direito processual.

O trabalho teve como objetivo a investigação da interpretação que entende incabível à Fazenda Pública valer-se dos seus embargos à execução, previstos no artigo 730 do CPC, na esfera dos Juizados Especiais. Este posicionamento decorre do entendimento que o ajuizamento de tal ação violaria a celeridade prevista no sistema dos Juizados.

Verificamos que não se pode falar em violação do princípio da celeridade, uma vez que a própria lei 12.153/09, gerada sobre a luz de tal princípio, permite expressamente a aplicação do Código de Processo Civil de maneira subsidiária. Assim, se a própria lei especial não trouxe a previsão de como deve ser o procedimento de execução contra a Fazenda, deve ser aplicado o CPC.

O que se tem visto, na prática, é que os juízes intimam a Fazenda Pública para falar sobre os cálculos apresentados pelo exequente no prazo de 10 (dez) dias. Tal prática não guarda previsão nas leis processuais, o que viola o princípio do devido processo legal, além de configurar uma forma indevida de ativismo judiciário. Não pode o Poder Judiciário, diante de lei que prevê expressamente a aplicação do Código de Processo Civil, pretender reescrever a norma, uma vez que não lhe é permitido substituir o Poder Legislativo.

De mais a mais, a conduta adotada pelos juízes viola a Constituição Federal. Está expresso no artigo 100 do diploma de 1988, que só haverá pagamento de precatórios ou requisições de pequeno valor após o trânsito em julgado da sentença. Tal sentença, como exposto, é a sentença dos embargos à execução, tendo em vista que ainda estão sendo discutidos os valores da condenação. Portanto, se há a necessidade de adoção do rito do artigo 730 do CPC para que se possa chegar ao trânsito em julgado dos valores, conclui-se que o atropelo desta previsão viola a Constituição.

Sem embargo, o impedimento de a Fazenda valer-se da oposição de seus embargos também viola o princípio da igualdade processual. Como vimos, a lei 9.099/95, no artigo 52, IX, permite

ao particular valer-se da oposição dos embargos contra a execução. Desta maneira, se a Fazenda Pública, defensora do interesse público, não possui as mesmas “armas” processuais disponibilizados ao particular, está mais do que configurada a violação do princípio da igualdade processual.

Diante do quadro apresentado, podemos concluir que o novo rito de alçada, instituído pela lei 12.153/09, não beneficiou em nada a Fazenda Pública. Foram perdidas as prerrogativas especiais sem que o legislador ponderasse a realidade burocrática na qual se inserem os entes públicos, que não possuem tempo hábil para a busca de informações, por vezes complexas, em prazos tão curtos.

Ademais, na esfera dos Juizados impera a insegurança jurídica. Pelo fato de haver grande número de Colégios Recursais, cada qual independente juridicamente dos demais, sem previsão legal para uniformização de jurisprudência em questões processuais.

O problema examinado no presente trabalho apenas ilustra um exemplo do prejuízo que a falta de segurança jurídica pode proporcionar ao Estado. Nunca é demais reforçar que a Fazenda Pública tem por fim a defesa do interesse público e, neste aspecto, ao ser castigada pelo atropela das normas processuais, não sai como única perdedora, perde sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. “ZumBegriff des Rechtsprinzips” in: Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 204 apud Afonso da Silva, Virgílio. *Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. Saraiva, 2009.

_____ *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução por Quantia Certa contra a Fazenda Pública – uma proposta atual de sistematização*. Processo de Execução. Coordenação de Sergio Shimura e Teresa Arruda Alvin Wanbier. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp.1271184/PR*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 21/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: *ACJ 1719563220118070001*, DF 0171956-32.2011.807.0001, Relator(a): JOÃO FISCHER, Julgamento: 27/03/2012, Órgão Julgador: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal Publicação: 11/04/2012, DJ-e p. 264. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL. *Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública uma abordagem crítica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. Dialética, 2012.

DiDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 13. ed. Juspodum, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. Malheiros, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais da Fazenda Pública: comentários à Lei nº 12.153, de dezembro de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo. Coordenação de Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AS DECISÕES MONOCRÁTICAS NOS TRIBUNAIS

THE COURTS MONOCRATIC DECISIONS

Elaine Guadanucci Llaguno

Advogada da União

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 O duplo grau de jurisdição; 2 As decisões monocráticas; 3 A atuação do relator nos tribunais; 4 Hipóteses do CPC que trazem maiores questionamentos; 4.1 Artigo 527; 4.2 Artigo 529; 4.3 Artigo 537; 4.4 Artigo 557; 4.5 Artigo 558; 4.6 Artigo 800, parágrafo único; 5 Medidas cabíveis das decisões monocráticas proferidas nos tribunais; 5.1 Embargos de declaração; 5.2 Agravos legal, regimental ou interno e do artigo 544, CPC; 5.3 pedido de reconsideração; 5.4 Mandado de segurança; 5.5 Medida cautelar; 5.6 Suspensão de segurança; 5.7 Reclamação; 6 Medida cabível na hipótese do artigo 542, par. 3º do CPC; 7 Recurso cabível nas hipóteses dos artigos 543-B, parágrafo 1º e 543-C, parágrafo 1º do CPC; 8 Recurso

cabível na hipótese do artigo 543-C, parágrafo 7º I, do CPC; 9 O julgamento dos embargos infringentes por decisão monocrática; Referências.

RESUMO: As decisões monocráticas nos tribunais são muito comuns hoje em dia e, por isso, segundo pensamos, merecem estudo eis que geram consequências, implicações, controvérsias e recursos. O poder do relator em segundo grau de jurisdição foi estendido, o que, por um lado, abrevia o julgamento e torna mais céleres as decisões, mas sofre ele suas limitações, já que a regra ainda é o julgamento pelo órgão colegiado em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição. As medidas judiciais cabíveis, em sede das decisões singulares, merecem análise e destaque por darem ensejo a várias espécies de agravo. O sistema recursal brasileiro, assim, se apresenta de grande complexidade e por essa razão deve ser objeto de debate e de intenso estudo, a fim de dar suporte aos advogados e militantes do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Decisões Monocráticas. Recursos. Poder do Relator. Medidas Judiciais. Agravo.

ABSTRACT: The courts monocratic decisions are very common nowadays and, according to our understanding, that reason why they be object of study, since they engender consequences, implications, controversies and appeals. The judges power at second level of jurisdiction has been increased which, on the one hand shortens the judgment and makes the decisions faster, but on the other hand his power still has some limitations, since the valid rule still is the judgement by the collegiate body in line with the principle of two-tier judicial authority. With regard to the singular decisions, the applicable legal measures deserve attention and analysis, once they may cause various types of interlocutory appeal. Thus, the Brazilian appeal system is remarkably complex and therefore needs to be subject of debate and intense studies, in order to provide support to lawyers and law militants.

KEYWORDS: Monocratic Decisions. Appeals. Judge s Power. Judicial Orders. Interlocutory Appeal.

INTRODUÇÃO

Militando há alguns anos na esfera recursal, pudemos não apenas acompanhar as alterações legislativas havidas, que foram muitas, como suas aplicações na vida prática, no dia a dia. Enfrentando, assim, várias questões que surgiram e vêm surgindo em nossos tribunais, observamos que diversas delas se originam na utilização, cada dia mais frequente, de decisões monocráticas ou singulares, para a solução não apenas de incidentes, tais como pedido de liminares, antecipações de tutela recursal, como também do mérito dos recursos interpostos em segundo grau.

De fato, nos deparamos com inúmeras decisões singulares nos tribunais, a exemplo daquelas proferidas pela Relatoria, nas hipóteses do artigo 557 do Código de Processo Civil, de enfrentamento dos pedidos de antecipação de tutela recursal, nas situações do artigo 273, bem como do artigo 558, todos do Código de Processo Civil. Além disso, também cabe à Vice-Presidência dos tribunais a decisão monocrática de admissão ou inadmissão dos recursos especial e extraordinário, consoante regulamentos internos, entre outras.

Dentro desse panorama, nas próximas linhas procuraremos retratar algumas das questões mais tormentosas, do ponto de vista prático, que surgem quando da prolatação de decisões singulares pelos tribunais, para o que, necessariamente, precisaremos passar pelos temas que a seguir propomos sem a pretensão, contudo, de esgotar o assunto aqui tratado.

1 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Muito se fala a respeito do duplo grau de jurisdição que se apresenta como um dos princípios a regular os recursos. Consiste ele na possibilidade de submeter-se a decisão proferida em juízo a nova apreciação¹. Serve para suprir a necessidade de reparar eventuais erros e imperfeições do pronunciamento judicial, especialmente da sentença.

A respeito desse princípio, algumas questões logo se põem:

- i) referido princípio é aplicável apenas da primeira para a segunda instância ou desta para as instâncias superiores?
- ii) o duplo grau de jurisdição obriga uma decisão colegiada ou satisfaz-se com decisão monocrática?
- iii) o duplo grau de jurisdição tem fundamento na Constituição Federal? É uma garantia fundamental?

1 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 3, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85.

A primeira indagação é oportuna na medida em que se vê, claramente, a limitação de amplitude, cada vez mais presente, no tocante ao cabimento dos recursos especial e extraordinário.

Explica-se: a apelação, por exemplo, possibilita, em regra, o reexame das questões fáticas e de direito, de forma ampla, imaginando-se, daí, que a Relatoria pode debruçar-se sobre os autos do processo e examinar as provas produzidas, inclusive para, ao final, concluir de forma diametralmente oposta ao juiz de primeiro grau que sentenciou o feito. O mesmo não se verifica no tocante aos recursos especial e extraordinário que sofrem uma série de restrições quanto aos seus cabimentos, tais como a impossibilidade de reexame das provas, a necessidade de prequestionamento do direito invocado, a demonstração da repercussão geral para os recursos extraordinários etc.

Desse modo, é sintomático concluir-se que se aplicável o duplo grau de jurisdição aos recursos para a instância superior, vem ele bastante mitigado ao cidadão que, para ver apreciado seu recurso, terá que transpor uma série de obstáculos solidamente estruturados com o intuito, exatamente, de impedir que os mesmos sejam examinados pelos tribunais superiores.

Nessa tônica os dizeres de Cássio Scarpinella Bueno²:

Se as razões para tanto são justificáveis, dada a necessidade de desafogar-se os tribunais superiores, não é o ponto aqui a discutir, mas sim que, de fato, os impedientes são muitos e bem elaborados, de sorte a restringir, sem sombra de dúvidas, a incidência do princípio do duplo grau de jurisdição nesta sede.

Ao segundo questionamento, do duplo grau de jurisdição obrigar a uma decisão colegiada ou contentar-se com uma decisão singular, apesar de aparente simplicidade, muitas vezes se mostra de difícil conclusão. É que se poderia responder de pronto que se o Relator representa, ou deve representar, a vontade da Turma ou Câmara de sua atuação e no sentido do entendimento desta decide, então, não haveria a necessidade da decisão ser colegiada, já que por via monocrática se decidiria no mesmo sentido. Ocorre, no entanto, que algumas situações podem apresentar-se em que apenas o órgão colegiado, reunido, pode apreciar a controvérsia; disto é exemplo a necessidade de reanálise das provas em sede de recurso, quando, então, afastando-se das estritas hipóteses do artigo 557 do CPC, impede-se seja o julgamento realizado monocraticamente. Dessa situação específica trataremos mais adiante.

Assim é que poderíamos concluir que nem sempre o duplo grau de jurisdição obriga a uma decisão colegiada, como nas circunstâncias do

² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, v. 5, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

artigo 557 do CPC. Fora dali e de outras regras de exceção, no entanto, a apreciação pela Turma ou Câmara se torna imprescindível, como regra³.

À terceira questão apresentada, sobre qual seria o fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição, se constitucional, tem-se que ganhou maior destaque na doutrina, despontando grandes nomes a defender que sim e outros tantos a dizer que não. Confirmamos as razões de uns e outros.

O fundamento que traz à tona o princípio do duplo grau de jurisdição encontra-se no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal que “*assegura 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*”.

Bem por isso, por não ter havido explicitação quanto ao mencionado princípio na Constituição Federal é que negam alguns sua natureza constitucional.

Outros, no entanto, defendem a natureza constitucional do princípio (Nelson Luiz Pinto, Calmon de Passos, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier). É que para estes, mesmo não estando inscrito expressamente na Constituição Federal, referido princípio está ligado à moderna noção de Estado de Direito, do qual extrai-se a necessidade de controle das atividades do Estado pela sociedade. Seria um duplo controle, aliás: o realizado pelas partes, com a interposição de recursos e do próprio Judiciário, forçando que os órgãos hierarquicamente superiores controlem as decisões proferidas pelos inferiores.

Mencionados autores, a par disso, reconhecem as limitações do princípio, a exemplo do artigo 515 do CPC que possibilita ao tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito ou situações em que incabíveis recursos.

Nelson Nery Junior, sobre o tema, argumenta que esse princípio é garantia fundamental de boa justiça⁴.

Também são apresentados alguns motivos que pesam contra esse princípio, tais como a dificuldade de acesso à justiça, como o uso de recursos e consequente prolongamento do processo; o desprestígio da primeira instância que, como regra, deve ser confirmada pela segunda, via recursal; a quebra de unidade do poder jurisdicional ou insegurança jurídica, entre outros.

Sem embargo dos pontos negativos acima enumerados, o princípio existe, sendo de discutir, aqui, apenas, se tem ele cunho constitucional ou infraconstitucional.

Na tentativa de responder a essa questão, um aspecto deve ser reiterado, qual seja, o de que tal princípio não é absoluto, já que diversas as normas que

3 BUENO, op. cit., p. 52.

4 JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios fundamentais – Teoria Geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT. 2000. p. 39.

autorizam não só a irrecorribilidade, a exemplo da decisão que releva a deserção (art. 519, parágrafo único); da hipótese da decisão liminar proferida em agravo de instrumento, convertendo-o em retido ou atribuindo-lhe efeito suspensivo ou deferitória da antecipação de tutela (parágrafo único do art. 527 do CPC); do acórdão do tribunal tomado por maioria, fora das hipóteses estritas do art. 530 do CPC, para tentar reverter a decisão, dentre outros.

Poder-se-ia, assim, entender que a Constituição Federal prestigia o duplo grau de jurisdição como princípio, mas não como garantia. Nesse sentido, aliás, Cândido Rangel Dinamarco e Araken de Assis⁵.

Simpatizamos com essa última posição que parece dar uma boa visão do princípio do duplo grau de jurisdição, dadas suas nuances em nosso ordenamento jurídico.

2 AS DECISÕES MONOCRÁTICAS

Os jurisdicionados sempre esperaram, com a interposição de recursos contra sentenças que lhe foram desfavoráveis, um julgamento colegiado nos tribunais e, portanto, mais maduro, isto segundo as regras postas no nosso ordenamento jurídico que tem previsão do duplo grau de jurisdição, como vimos. Todavia, essa realidade que perdurou por muitos anos no Judiciário aparece, hoje, com outra roupagem. É que muitas decisões proferidas em sede de recursos, por todo o país, estão sendo tomadas de forma singular, pelo desembargador relator do processo. Não só pelo relator, mas especialmente por ele.

A decisão monocrática nos tribunais originou-se no plano do Supremo Tribunal Federal e, depois, do Superior Tribunal de Justiça e, agora, se espalha por todos os tribunais do país. A ideia inicial, que objetivava desafogar o trabalho do colegiado, era a de que não haveria violação ao princípio do duplo grau de jurisdição na medida em que a parte poderia valer-se do agravo com previsão nos regimentos e, hoje, do agravo legal, para submeter o julgamento, em querendo, à apreciação da turma ou câmara. Esse modelo, de fato, prevaleceu e, atualmente, não mais se discute a respeito do ferimento do duplo grau de jurisdição nesta hipótese, dispendo-se os advogados a interpor o agravo regimental ou o legal, caso discordem das decisões monocráticas.

Como já delineado acima, é cada vez mais latente a possibilidade de julgamento monocrático em segunda instância, conforme as diversas previsões legais que viabilizam tais decisões, a exemplo das hipóteses previstas nos Regulamentos Internos dos Tribunais e no Código de Processo Civil.

5 ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 79.

De ver-se que quanto às atribuições do relator e, portanto, a possibilidade de proferir decisões monocráticas é especialmente extensa (artigos 527, 529, 531, 536, 543-A, parágrafo 6º., parágrafo 4º. do artigo 544, 557, 558, parágrafo único do artigo 800, todos do Código de Processo Civil.

Indiscutível, assim, que a atuação do Relator, hoje, nos vários tribunais, é intensa, o que revela a enorme gama de possibilidades de prolatação de decisões monocráticas no segundo grau.

3 A ATUAÇÃO DO RELATOR NOS TRIBUNAIS

Sobreleva notar que ao relator foram dados poderes quer para concessão de liminares ou antecipações de tutela recursal, quanto para apreciação do mérito do recurso, via decisão monocrática. Dessa forma, é de indagar-se como se dá a atuação do relator?

Como vimos, a sua atuação é ampla e relevante, já que lhe incumbe fazer o relatório geral do processo, que consiste no histórico do caso a apresentar perante os demais julgadores. Para algumas demandas, há também a previsão de um revisor que fiscaliza o trabalho do relator e tenta evitar enganos ou omissões, em situações de maior relevância.

Esclarecedora a orientação doutrinária no sentido de que a competência, para julgamento, é do colegiado, competência esta que momentaneamente é transferida ao relator, com vistas a racionalização da atividade interna do tribunal⁶.

Sobre a natureza jurídica da atuação do relator, os dizeres de Mirna Cianci⁷ são no sentido de que ele o faz por delegação do Colegiado, ou seja, decide em seu nome, a seu cargo. Conclui a autora que a vontade manifestada pelo relator não é a sua, mas sim a do órgão que integra.

Em outras palavras, o relator está autorizado por lei e pelo regimento interno do tribunal, a “fazer as vezes” do órgão colegiado ao qual pertence, para fins de atender à necessidade de agilização dos julgamentos. Vale dizer, os julgamentos devem ser realizados sempre pelos colegiados, mas, para atender à crescente demanda e dar efetividade à prestação da atividade jurisdicional, o relator poderá atuar em nome de seu colegiado.

É indispensável, todavia, que o relator, ao pronunciar-se, motive suas decisões, não sendo suficiente, por exemplo, declarar inadmissível determinado recurso; é preciso que aponte a causa e explicita as razões de seu convencimento em tal sentido⁸. O mesmo se dá no tocante à decisão

6 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, Podivm, 2007. p. 147.

7 CIANCI, Mirna. *A Verdadeira Anatomia do recurso de Agravo Interno, de que trata o Parágrafo 1º do Artigo 557 do CPC*.

8 ASSIS, op. cit. p. 291.

de recurso manifestamente improcedente em face de jurisprudência dominante no sentido da decisão recorrida. Caberá ao relator, neste caso, colacionar o entendimento dominante invocado.

Nem poderia ser diferente, por força do disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Vale aqui, no entanto, enfatizar esse aspecto, na medida em que é comum nos depararmos com decisões dos tribunais que negam provimento ao agravo legal sob a alegação de que ao agravante incumbe demonstrar a inexistência dos requisitos do artigo 557 do CPC. Pensamos, entretanto, que tal ônus não é do recorrente, mas sim da Relatoria ao tomar a decisão de forma singular. Nesse sentido, aliás, destacamos o acórdão do STJ-1ª T., Resp 617.471-SE, rel. Min. Teori Zavascki, j. 3.6.04, deram provimento, v.u., DJU 21.06.04, p. 177.

Podemos concluir, assim, que possui o relator amplos poderes para proferir decisões monocráticas, poderes estes, porém, que não são absolutos ou irrestritos, já que várias limitações se lhe apresentam, como no decorrer do presente trabalho trataremos de apontar.

4 HIPÓTESES DO CPC QUE TRAZEM MAIORES QUESTIONAMENTOS

Destacaremos neste tópico, comentários aos artigos 527, 529, 537, 557, 558 e 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil que, como mencionamos, viabilizam à relatoria a decisão singular e que, segundo entendemos, têm apresentado algumas divergências e posicionamentos.

4.1 Artigo 527

A respeito do artigo 527 do Estatuto Processual Civil, quando do recebimento do agravo de instrumento no tribunal, fica o relator autorizado a:

- i) negar seguimento a ele, nos casos do artigo 557 do CPC;
- ii) converter o agravo de instrumento em retido quando verificar que a decisão recorrida não é suscetível de causar ao agravante lesão grave e de difícil reparação;
- iii) atribuir efeito suspensivo ao recurso, ou deferir, em antecipação de tutela a pretensão recursal;
- iv) requisitar informações ao juiz da causa.

Bem, sobre as hipóteses do artigo 557 do CPC, trataremos delas mais à frente, quando cuidarmos de tal dispositivo legal.

Quanto à conversão do agravo de instrumento em agravo retido, tem-se que tal proceder consiste, apenas, na modificação da forma de processamento do recurso, nada mais, não importando, assim, negativa de seguimento. Mais ainda, boa parte da doutrina (Athos Gusmão Carneiro, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina, entre outros) sustenta que a conversão, nos termos do dispositivo em comento, não traduz mais uma discricionariedade, ou seja, verificado que não é hipótese de agravo de instrumento, é dever do magistrado proceder à sua conversão em retido, a menos, é claro, que a situação seja de negativa de seguimento.

De observar-se, no entanto, que o momento é de comedimento, ou seja, embora ausente a discricionariedade do julgador, também não poderá ele, em se tratando de tutela de urgência, proceder à conversão, sob pena de total inutilidade do recurso se retido for. Nesses termos os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁹.

Seguem os mencionados autores, ademais, citando julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito¹⁰.

A questão que se põe aqui é sobre o cabimento ou não de recurso contra a decisão monocrática do relator, que converte o agravo de instrumento em retido. Antes de cuidar da resposta, veremos a situação do inciso III do artigo 527 que, em termos de recorribilidade, recebe o mesmo tratamento, por força do parágrafo único do próprio dispositivo legal.

Diz aquele sobre duas possibilidades dadas ao relator: conceder efeito suspensivo a recurso, isto para a hipótese da decisão recorrida ter sido positiva, como por exemplo, que determina o pagamento de um benefício; ou antecipar a tutela pretendida, para a hipótese da decisão agravada ser de cunho negativo, ou seja, que indeferiu o pagamento imediato de um benefício.

Para as hipóteses dos incisos II e III do artigo 527, assim referidas, há regra expressa quanto ao procedimento a ser adotado pela parte que se sentir prejudicada, o qual se abstrai do texto do parágrafo único do artigo que diz ser somente passível de reforma tais decisões no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

9 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 563.

10 “Já se decidiu, assim, que se o agravante postula antecipação de tutela recursal para obtenção de medicamentos negados pelo juízo de primeiro grau, não pode o tribunal converter o agravo de instrumento em agravo retido (STJ, 1a. Turma, Resp 948.554/SC, rel. Min. José Delgado, j. em 04.09.2007, DJ 04.10.2007, p. 208). Não pode, ainda, efetuar a conversão quando o recorrente se insurge contra indeferimento de quebra de sigilo bancário em execução (STJ, 2a. Turma, Resp 800.208/PR, rel. Min. Castro Meira, j. em 02.02.2006, DJ 20.02.2006, p. 328).

Diante disso, transparece inviável qualquer espécie de agravo (legal ou regimental) nestas hipóteses. Aliás, essa a finalidade da nova sistemática, por sem dúvida.

Dai já poderia resultar alguns questionamentos: pode o agravado se insurgir quando for caso de retenção e o relator assim não entender? Pode o agravado se insurgir contra a concessão do efeito suspensivo da decisão que o beneficia ou com o deferimento de antecipação de tutela que o prejudica?

A resposta há de ser uma: não, pois por incidência do princípio da igualdade das partes, se ao agravante não é dado interpor recurso quando convertido o agravo de instrumento em retido ou não atendido seu pedido de antecipação de tutela recursal, também ao agravado não se dará tal direito.

Dessa forma, temos uma hipótese de irrecorribilidade, que poderá ser meramente momentânea, já que possível recurso da decisão que ao final julgar o agravo, pelo mérito. Se a decisão foi de conversão os autos baixarão para a vara de origem e o agravo, então retido, somente será apreciado se devidamente reiterado quando da interposição de apelação. Ainda nessa hipótese, instala-se mais uma problemática, a de que se convertido o agravo de instrumento em retido, não há como aplicar-se sequer a segunda parte do parágrafo único do artigo 527 que fala que poderá haver reforma apenas quando do julgamento do agravo¹¹!

Mais duas indagações ainda se apresentam: é constitucional essa vedação recursal imposta pelo parágrafo único do artigo 527? Quais os caminhos possíveis para aquele que se sentir realmente prejudicado pelas decisões dos incisos II e III do artigo 527?

À primeira, é de se responder positivamente, na medida em que o direito de recorrer, como entendemos, tem fundamento na Constituição Federal sim, apesar de não configurar garantia constitucional, de sorte que pode ser restringido e até suprimido por norma infraconstitucional¹².

À segunda, poderíamos responder que duas possibilidades se abririam: o pedido de reconsideração e o mandado de segurança. Quanto ao primeiro, sabemos que não tem natureza jurídica de recurso, nem mesmo de agravo regimental, eis que não havendo juízo de retratação pela relatoria, não determinará a apreciação pelo colegiado. No tocante ao segundo, é cediço que o mandado de segurança é aceito para as hipóteses em que não haja recurso cabível. Confiramos pelo seguinte julgado: RMS 38647 / CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2, j. em 21/08/2012.

Dessa forma, em princípio, para as situações referidas no parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil, são instrumentos possíveis

11 Discorrem sobre o tema Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha: obra citada, p. 145.

12 Nesse sentido os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, obra citada, p. 564.

para reversão da decisão da relatoria o pedido de reconsideração e o mandado de segurança. Nos aprofundaremos mais sobre os mesmos em item próprio.

4.2 Artigo 529

Relativamente ao artigo 529 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade do relator julgar prejudicado o agravo de instrumento, quando o juiz da causa comunicar ao tribunal seu juízo de retratação, cuida de outra decisão interlocutória da relatoria. A motivação de tal decisão, como retratada no dispositivo é de simples compreensão e não gera qualquer dúvida, não ensejando, em regra, recurso direto da parte que se sentir prejudicada. É que, nesta hipótese, não caberá agravo regimental por parte do agravado que viu revertida a decisão que antes lhe favorecia, mas sim agravo de instrumento outro de sua interposição, agora contra a decisão de reforma do juiz singular, agravo de instrumento este que será distribuído no tribunal.

Para o agravante, é possível a interposição de agravo legal, caso verifique, por exemplo, que a retratação do juiz de primeiro grau foi apenas parcial e, portanto, ainda lhe resta interesse no julgamento do agravo de instrumento que não poderá, por isso, restar prejudicado, senão parcialmente.

Uma questão que se põe aqui e que é cada vez mais recorrente nos tribunais, é a decisão da relatoria que julga prejudicado o agravo de instrumento interposto contra deferimento ou indeferimento de antecipação de tutela, por ter o juiz de primeiro grau sentenciado o feito. Isto muitas vezes ocorre, dada a demora no julgamento do recurso pelos tribunais, cedendo passo, assim, à prolatação da sentença que confirma ou reforma a decisão antecipatória de tutela inicial. Uma vez proferida a sentença, cabível será a apelação com pedido de recebimento no duplo efeito, se pertinente, não tendo mais utilidade aquele agravo de instrumento. Ocorre que, se não acolhido o pedido de concessão de efeito suspensivo ao apelo pelo juiz de primeiro grau, novo agravo de instrumento poderá ser interposto para o tribunal, visando a esse objetivo.

É preciso que fique claro, no entanto, que nem sempre a prolatação de sentença ocasiona a prejudicialidade do agravo de instrumento. Um bom exemplo de que a pretensão posta no agravo de instrumento perdura, ainda quando proferida a sentença, diz respeito às questões probatórias, tais como cerceamento de defesa, oitiva de testemunhas, realização de prova pericial, indeferimento do pedido de denunciação da lide. É que nesses casos, o agravo serve para evitar a preclusão.

Questão que traz certa divergência é aquela em que a tutela antecipada foi concedida em grau de recurso de agravo de instrumento e sobrevém sentença contrária ao autor agravante, pelo mérito. Para

a solução, dois critérios são suscitados: o *da hierarquia*, com base no qual a sentença, por ser proferida por juízo singular, não poderia ser incompatível com a decisão a ser adotada no agravo de instrumento, pelo órgão colegiado; o *do juízo de cognição exauriente*, por meio do qual a sentença englobaria a decisão interlocutória impugnada, de modo que o agravo de instrumento perderia o seu objeto.

O Superior Tribunal de Justiça se divide quanto à aplicação de tais critérios, ora decidindo com fundamento num, ora noutro, com certa prevalência do critério do juízo de cognição exauriente, não aceitando, assim, a manutenção de uma tutela antecipada outorgada pelo Tribunal, se ela está em desacordo com a sentença de mérito proferida pelo juiz de primeiro grau¹³.

Na hipótese do artigo 529, CPC, ou seja, de prejudicialidade do agravo de instrumento pelo Relator, cabível será o agravo interno, caso entenda o agravante que seu recurso não está prejudicado, quer parcial, quer integralmente e, por isso, deve ser processado e julgado pelo mérito.

4.3 Artigo 537

Quanto ao artigo 537 do Código de Processo Civil que determina ao Relator a apresentação dos embargos de declaração em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, uma observação se faz necessária. É que, se a decisão que enseja embargos declaratórios for colegiada, não poderá o relator julgá-los monocraticamente. Nesse sentido a doutrina¹⁴ e o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, 2ª. Turma: ED no RMS 15.050/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 03.10. 2006; Resp 791.856/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 16.05.2006; Resp 787.460/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.05.2007.

O argumento do Tribunal Superior para assim decidir é que é regra que se abstrai do próprio artigo 537 que determina ao relator a apresentação dos embargos de declaração em mesa, para que o colegiado se manifeste a respeito de eventual omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, que, afinal, por ele foi proferido. Ressalta mais, que o art. 557 do CPC, que permite ao Relator monocraticamente negar seguimento a recurso nas hipóteses que menciona, não se aplica aos casos em que já há decisão da Turma, quando, então, somente ao órgão colegiado compete o julgamento de recurso interposto de decisão sua.

Nesse sentido, ainda, outros julgados: AgRg no Ag 513.389/RJ; Resp 417.749/CE; Resp 300.397/PE.

¹³ De conferir-se pelos ensinamentos de Fredie Didier Jr. E Leonardo José Carneiro da Cunha, p. 150/156.

¹⁴ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 571.

Ocorre que o mesmo Tribunal ressalva que se o recorrente interpôs agravo interno contra a decisão monocrática que julgou embargos declaratórios de acórdão, este fato possibilitou à Turma julgadora o conhecimento das alegações deduzidas em sede de embargos de declaração, sanando, assim, o vício de nulidade então apontado. Dessa forma, em nome do princípio *pas de nullité sans grief*, conclui pela superação da nulidade. Nesse diapasão, a jurisprudência iterativa da Corte retratada na decisão proferida no AgRg no REsp 729439/AL, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 13/03/2006, p. 214. São precedentes, ainda: AgRg no AG 598635/PR; AgRg no AG 442714/RJ; REsp 438699/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJ 05/04/2004.

4.4 Artigo 557

Do artigo 557 do Código de Processo Civil, o qual, nitidamente, ampliou as atribuições do Relator, já numa primeira análise, se constata que aquela velha ideia de que o exame da controvérsia pelos tribunais consistiria num exame conjunto de vários julgadores mais experientes do que os juízes de primeiro grau não se confirma em muitos casos. Isto porque trabalham como relatores nos tribunais alguns dos juízes que atuam em primeira instância, assim decidindo, diz-se, em nome e na mesma tônica da Turma pela qual falarão. Ainda, a decisão, de colegiada, passa a singular, ou seja, a ser tomada mediante a análise apenas da própria Relatoria.

Não entendemos que a medida seja ruim, não, já que, de fato, ela traz maior agilidade na solução dos recursos, contudo, alguns parâmetros deverão ser, necessariamente, observados: primeiro, os limites do próprio preceito do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, vale dizer, haverão de estar presentes aquelas hipóteses e só elas (negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores), para autorizar a incidência da norma autorizadora da decisão monocrática pela Relatoria que, de frisar-se, é regra de exceção, embora assim não pareça, dado os números nos tribunais.

Em segundo lugar, é preciso estabelecer que a atuação do relator, monocraticamente, deve seguir a orientação da Turma ou Câmara à qual pertença. Melhor dizendo, ao assim atuar, ele o faz por delegação do colegiado, segundo entendimento doutrinário a respeito, linhas atrás apresentado (item 3).

Em terceiro lugar, do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil abstrai-se que ao relator não é dado decidir singularmente quando necessária a análise de provas, vale dizer, se a matéria for fática deverá levar a decisão para o colegiado. Nesse sentido orientação do

Superior Tribunal de Justiça que anulou o julgamento promovido: Resp 1.261.902-RJ, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. em 16/08/2012).

O fundamento utilizado neste julgado é o de que, sendo o artigo 557 do Código de Processo Civil regra de exceção, comporta interpretação restritiva. Tal norma, por sua vez, tem por objetivo possibilitar o julgamento mais rápido de processos, nas hipóteses de rejeição de recursos manifestamente inadmissíveis ou de julgamento de questões repetitivas que já têm jurisprudência pacificada, excluídas, assim, aquelas demandas em que a análise probatória é necessária.

É que, claramente, o relator de um recurso, ao revisar a prova produzida nos autos, não está a promover a aplicação de jurisprudência consolidada quanto à matéria. Jurisprudência consolidada só pode incidir sobre matéria de direito. Se o relator não atentar para isto, estará agindo fora das hipóteses do artigo 557 do CPC e, portanto, sem autorização legal bastante para decidir monocraticamente.

Em quarto lugar, é corrente na doutrina o entendimento fundado na letra do artigo 557 do CPC, de que para negar seguimento a recurso o relator poderá fazê-lo sem estabelecer o contraditório, mas para dar provimento, deverá necessariamente instaurá-lo¹⁵. O argumento é no sentido de que para dar provimento ao agravo de instrumento, via monocrática, é de mister que o relator aponte ou fundamente sua decisão nas hipóteses do parágrafo 1º-A do dispositivo, ou seja, deve demonstrar que a decisão recorrida está em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Ocorre que, em se suscitando essa hipótese, o relator haverá de abrir vista ao recorrente, para que possa ele se opor e tentar comprovar que a hipótese não se enquadra na situação de provimento recursal do parágrafo 1º. – A. Assim a orientação jurisprudencial a respeito: AgRg no REsp 1092621/PR; AgRg no REsp 1269657/MS; entre outros.

Ainda no tocante às limitações à norma do artigo 557 do CPC, podemos mencionar que, mesmo fazendo referência expressa a recursos, tem sido aceita a incidência do artigo 557 do CPC para julgamento em

15 Como se vê, a aplicação do art. 557 do CPC, no agravo de instrumento, ocorre antes 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. (Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha, obra citada, p. 143).

*habeas corpus*¹⁶ e mandado de segurança¹⁷ e até ação rescisória¹⁸, em algumas hipóteses, como veremos à frente.

O certo é que da decisão monocrática proferida pelo Relator, quanto à admissibilidade ou provimento/desprovimento recursal, cabe o recurso de agravo do artigo 557 do Código de Processo Civil, exatamente para possibilitar ao jurisdicionado, ao final, a apreciação do debate pelo colegiado.

Examinemos, ainda que de forma sucinta, as hipóteses que autorizam a decisão monocrática pela relatoria:

- i) quando o recurso for manifestamente inadmissível: bem, o advérbio “manifestamente” quer significar aquilo que é evidente, como também configura uma recomendação aos relatores para que assim atuem com acuidade e parcimônia. Quanto à inadmissibilidade recursal, diz respeito à apreciação sobre as questões de tempestividade, cabimento, interesse recursal, legitimidade, regularidade formal e preparo. Nesta situação a relatoria não admite o recurso, cuja apreciação de mérito acaba prejudicada;
- ii) quando o recurso for manifestamente improcedente/procedente: a questão aqui diz respeito ao mérito do recurso, ou seja, cuida daquele recurso que, de pronto, revela que o recorrente não tem razão. Geralmente envolve questão de direito. Haverá de cuidar-se para que não se baseie em apreciação sobre provas e fatos, pois

16 Vide AgRg no HC 232485/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5a. T. do STJ, j. em 07.08.2012, Dje 23.08.2012.

17 Mandado de Segurança, ALMEIDA. Gregório Assagra de; CIANCI Mirna; QUARTIERI, Rita. São Paulo: Saraiva, p. 256/258).

18 Em que pesem os amplos poderes que a lei processual civil concede à relatoria, nos tribunais, defendem alguns que o julgamento monocrático de ação rescisória não é um deles. Explicam: é que o artigo 557 do CPC possibilita o julgamento de recurso e não de ação. Da mesma forma, o art. 494 do CPC diz que deve ser julgada a rescisória pelo tribunal, órgão colegiado.

Em sentido contrário quando se tratar de indeferimento da inicial: STJ, 3ª. Seção, AgRg na AR 2.782/DF e Resp 760690/RS.

Entendimento intermediário: Resp 1018178/RJ, Resp 753194/SC.

Segundo as lições da doutrina, o art. 488, II, do CPC, prevê que “caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente” haverá a perda do depósito de 5% do valor da causa em favor do réu. Ora, para que haja unanimidade de votos é preciso que a decisão seja tomada por vários integrantes do tribunal. E, ainda, o art. 530 do CPC prevê o cabimento de embargos infringentes contra acórdão não unânime que houver julgado procedente a ação rescisória o que, necessariamente, reclama o julgamento colegiado”. Mais, consigna, ainda, que o indeferimento da petição inicial pelo relator representa exceção ao princípio da colegialidade e que não é de se aplicar na ação rescisória a regra do art. 557 do CPC, eis que esta se limita ao âmbito recursal, bem como ressalta que sem regra regimental específica, impõe-se o julgamento pelo órgão colegiado. (Rodrigo Barioni, Ação rescisória e recursos para os Tribunais Superiores, Coord. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier, RPC 23, ed. RT, São Paulo, 2010, p. 274 a 276).

neste tocante há julgados, a serem tratados em item mais adiante, que não admitem a decisão via monocrática;

- iii) quando o recurso estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante: poderá negar seguimento ao recurso se em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores, conforme *caput* do artigo 557; mas para dar provimento ao recurso, haverá de verificar manifesto confronto não do respectivo tribunal apenas, mas necessariamente, dos tribunais superiores, consoante parágrafo 1º.-A do artigo 557¹⁹.

Quanto a questões sumuladas, ainda assim, deve-se ter cautela, eis que há aquelas em que existem argumentos não abrangidos pela súmula, por exemplo, a ensejar, sim, discussão e apreciação pelos tribunais. A finalidade é que causas idênticas tenham soluções iguais, mas é necessário verificar, de fato, tal identidade, a fim de não impedir que causas ali não abrangidas – na discussão anterior que resultou na súmula – fiquem sem solução pelo Judiciário. Quanto à identificação de jurisprudência dominante o certo é que não se exige orientação jurisprudencial pacificada, sendo suficiente que ela se mostre predominante. Assim se considera aquela jurisprudência que tem número razoável de precedentes uniformes e reiterados no mesmo sentido e que até já poderia se encontrar sumulada mas ainda depende de um maior amadurecimento e oportunidade. É que algumas questões precisam de maior maturação para solidificar o entendimento.

De qualquer forma, das decisões monocráticas fundadas no artigo 557, CPC, é cabível o agravo legal.

4.5 Artigo 558

Mas não é só nas hipóteses do artigo 557 que o relator pode decidir monocraticamente. Também o artigo 558 traz outras situações tidas como de emergência, que envolvem prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução, entre outros casos, deixando claro, assim, que são estes meramente exemplificativos. Nessas poderá a parte que estiver na iminência de lesão grave e de difícil reparação, formular requerimento à relatoria que, então o apreciará, suspendendo ou não o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

19 BUENO, op. cit., p. 118.

Consiste no exercício do poder geral de cautela em sede recursal²⁰.

É imprescindível a demonstração de tais requisitos quando da formulação do pedido, já que a suspensão do cumprimento da decisão é medida excepcional²¹.

E qual o instrumento hábil a formular tal pedido? Responde a doutrina no sentido de que não se trata de uma ação ou um processo cautelar (Cássio Scarpinella Bueno, obra citada, pág. 121).

Entendemos, assim, que basta um requerimento simples, por mera petição, com comprovação dos requisitos legais.

Da decisão da relatoria que decidir sobre o requerimento, caberá agravo regimental ou interno.

4.6 Artigo 800, parágrafo único

Por fim, analisemos o preceito do artigo 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Faz referência esse ao cabimento de medidas cautelares em sede dos tribunais.

Aqui também estamos tratando do poder geral de cautela do juiz, a possibilitar que, diante dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pode o relator decretar medidas a fim de evitar lesão de difícil reparação e de preservação de direitos.

Dessa forma, presentes os requisitos legais e já tendo sido interposto recurso, caberá a apreciação pelo tribunal da liminar veiculada por meio da medida cautelar, através de seu presidente ou do relator, consoante veremos mais adiante e da decisão destes caberá agravo regimental ou interno.

5 MEDIDAS CABÍVEIS DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS PROFERIDAS NOS TRIBUNAIS

São cabíveis, via de regra, das decisões do relator: embargos de declaração, agravo legal, regimental ou interno e o agravo do artigo 544, CPC. Fala-se, ainda em pedido de reconsideração, que não tem natureza recursal. E medida cautelar? Mandado de segurança? Suspensão de segurança? Reclamação?

Veremos cada uma dessas medidas, tecendo breves comentários a respeito.

²⁰ BUENO, op. cit. p. 119.

²¹ STJ, 2a. Turma, ED na MC 11.546/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 15.08.2006, DJ 12.09.2006, p. 298; STJ, 1a. Turma, Resp 195.442/PR, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 21.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 127.

5.1 Embargos de declaração

Sobre os embargos de declaração, já não há mais dúvida quanto ao seu cabimento das decisões interlocutórias, assim, se a decisão da relatoria apresentar obscuridade, contradição ou for omissa, terão lugar os declaratórios, na forma do artigo 535 do Código de Processo Civil²². Se estes forem interpostos e julgados por acórdão, ainda assim, é obrigatória a interposição de agravo legal, consoante acórdão recente lançado (AgRg no AREsp 37.233/GO, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª. T, j. em 10.04.2012, Dje 20.04.2012).

A par de coerente com o sistema recursal brasileiro, no qual os embargos declaratórios não substituem o recurso principal, como regra, eis que não tem o condão de determinar a reforma do julgado, mas apenas sua integração, quando provido, essa exigência traz a obrigatoriedade de interposição de um recurso – agravo legal –, que resulta de nenhuma utilidade. Explica-se: se o relator somente pode julgar monocraticamente conforme o entendimento da Turma ou Câmara à qual pertença, então, exigir-se que a parte, após julgamento dos embargos de declaração por acórdão que, no mais das vezes, reproduz na íntegra o julgamento monocrático para dizer que não há contradição ou omissão, e que está aderindo às razões da relatoria, mostra-se despicienda, quase que de forma absoluta, a interposição de novo recurso – o agravo legal, para, aí, o colegiado por acórdão reiterar o que já disse quando do julgamento dos embargos de declaração.

Neste caso, tem-se que a decisão singular do relator, ao invés de simplificar o procedimento, o torna mais complexo e moroso, já que presentes as hipóteses do artigo 535 do CPC, a parte deverá interpor embargos declaratórios e, do acórdão que decidi-los, o agravo legal para, só então, poder fazer uso dos recursos especial/extraordinário.

No sentido de maior ônus para o processo, já se manifestou a doutrina²³.

5.2 Agravos legal, regimental ou interno e do artigo 544, CPC

O agravo legal, por sua vez, encontra respaldo no artigo 557 do CPC e tem cabimento nas hipóteses ali enumeradas. Já o agravo regimental ou interno, é aquele que tem previsão não no Código de Processo Civil, mas sim nos Regimentos Internos dos Tribunais e se prestam para hipóteses não previstas no artigo 557 do CPC. É, em verdade, um sucedâneo recursal²⁴.

²² ASSIS, op. cit., p. 607.

²³ CIANCI, op. cit.

²⁴ ASSIS, op. cit. p. 909.

Caberá agravo regimental contra todas as decisões singulares do relator, exceto aquelas que ensejam agravo legal ou aquelas fixadas como irrecorríveis ou, ainda, na hipótese do artigo 544, CPC.

Não gozam o agravo legal ou regimental de efeito suspensivo e caso não interposto, não acarretam a preclusão, em alguns casos, desde que seja hipótese em que o órgão fracionário competente reexaminará a questão oportunamente²⁵.

Quanto ao agravo do artigo 544, CPC, é ele adequado às situações de inadmissibilidade dos recursos especial e extraordinário, pois a decisão que os admite é irrecorrível. Serão interpostos perante a Presidência ou Vice-Presidência do Tribunal e independem de preparo e de instrumento, pois subirá nos próprios autos, possibilitando, assim, pela nova sistemática, (Lei 12.322/2010), que os Tribunais Superiores, em admitindo o agravo, passem à apreciação dos recursos especial ou extraordinário. Esta medida consiste, por sem dúvida, um grande avanço no tocante aos princípios da economia processual e celeridade da justiça.

5.3 Pedido de reconsideração

O pedido de reconsideração, na definição de Araken de Assis²⁶, é *“o requerimento apresentado pela parte ao órgão judiciário que proferiu o ato decisório para reformá-lo, retratá-lo ou revogá-lo”*.

De fato, não é mais do que um requerimento, eis que não tem natureza jurídica de recurso, tanto assim que o prazo recursal não se suspende nem interrompe, de forma que se a parte, com ele, não obtiver a retratação da decisão proferida, precluso estará seu direito de recorrer²⁷.

É ele possível de qualquer decisão interlocutória, no entanto, deve estar ciente o advogado de que ele não substitui o recurso cabível ao caso e, por isso, poderá acarretar a preclusão do direito.

De qualquer forma, no entanto, vem ele sugerido na parte final do parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil. Assim, de praxe forense, ganhou previsão legal.

5.4 Mandado de segurança

A respeito do mandado de segurança, como já referimos acima, tem ele sido aceito em situações nas quais não caiba recurso. Exemplo disso

²⁵ ASSIS, op. cit. p. 912.

²⁶ ASSIS, op. cit. p. 900.

²⁷ ASSIS, op. cit., p. 902.

temos o parágrafo único do artigo 527, do Código de Processo Civil. É que dessa norma abstrai-se a impossibilidade de interposição de recurso para as situações dos incisos II e III, então, caberia mandado de segurança?

Consoante lições da doutrina²⁸ sim, inclusive com menção a precedentes (STJ, 3ª. Turma, RMS 22.847/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 01.03.2007, DJ 26.03.2007, p.230)

5.5 Medida cautelar

O artigo 800 do CPC traz previsão de medida cautelar. O texto deixa claro, assim, que basta a interposição do recurso para que se desloque a competência para o tribunal conceder ou não a liminar e para conduzir o processo até final. Nesse sentido a doutrina²⁹.

Oportuno ressaltar a questão da competência que assim se estabelece: se a apelação interposta ainda não foi distribuída no tribunal, a medida cautelar deverá ser ajuizada e endereçada ao Presidente do tribunal competente para julgar o recurso, no entanto, se o apelo já tiver sido distribuído, será competente para apreciar a medida liminar da cautelar o respectivo relator³⁰.

Nesse sentido os dizeres da doutrina³¹:

Assim, em qualquer das hipóteses citadas, ou seja, quer decida o Presidente ou o Relator sobre a liminar³² veiculada na ação cautelar, cuida-se de decisão monocrática a ensejar o recurso de agravo interno ou regimental, que conduzirá a discussão ao órgão colegiado competente.

Como fica a questão da competência para propositura e conhecimento da medida cautelar em referência, nos tribunais superiores, visando à concessão de efeito suspensivo a recursos especial e extraordinário?

Nos dizeres da doutrina³³ a competência para as cautelares, em princípio, passa a ser do Tribunal Superior competente.

A respeito, ensina ainda que o Supremo Tribunal Federal, para conceder cautelar com tal finalidade, em recurso extraordinário interposto de “decisão final”, tem exigido que este já tenha sido interposto e admitido pelo órgão *a quo*, diferentemente do Superior

28 MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 564.

29 COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7. ed. Manole, 2008. p. 800.

30 BUENO, op. cit., p. 120.

31 MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 776.

32 MARCATO, Antonio Carlos. (Coord.) *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2232.

33 WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 3, 7. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 39.

Tribunal de Justiça, que já concedia medidas cautelares até mesmo antes da interposição do recurso especial³⁴.

Sobre o tema, os seguintes julgados³⁵ que inadmitem a cautelar quando ainda não interposto o recurso extraordinário (STF, MC 1.774-9, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.8.1999, DJ de 24.8.1999). Ainda: STJ, MC 740/SP, Rel. M. Humberto Gomes de Barro, 1a. T., j. 24.6.1997, DJ de 21.6.1999, p. 75; STJ, MC 1.390/SP, Rel. Min. Bueno de Souza, 4ª. T., j. 1º. 9.1998, DJ de 28.6.1999, p. 112; entre outros.

Assim é que cabível a medida cautelar para obter efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário e quanto a esta hipótese, não se pode esquecer as súmulas 634 e 635 o Supremo Tribunal Federal.

5.6 Suspensão de segurança

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica dessa medida³⁶. Para o Supremo Tribunal Federal é medida de contracautela (STF AGR 55846-3), para o Superior Tribunal de Justiça é um sucedâneo recursal. Já para Marcelo Abelha Rodrigues³⁷ trata-se de uma defesa dilatória a ser entregue não ao juiz da causa, mas ao Presidente do tribunal. Segundo sustenta o mencionado autor, é verdadeiro incidente processual, mecanismo em favor das Fazendas Públicas. Nesse sentido Resp 46405 e Resp 120530.

Tem previsão na Lei 4.348/64 e busca atingir o efeito/eficácia da decisão e não seu conteúdo. Assim, busca suspender a execução de decisão judicial lançada contra o Poder Público e não tem o papel recursal, de corrigir a decisão. O *error in procedendo* ou *in judicando* não são analisados na suspensão de segurança.

Tem como causa de pedir evitar o risco de grave lesão à ordem pública, saúde, economia e segurança pública e não há prazo para sua formulação, mas é oportuno que tal pedido seja feito o mais próximo possível da decisão causadora da lesão.

Uma questão que se põe é sobre a necessidade de interposição concomitante de agravo de instrumento? A respeito, ensina o mencionado autor que é de diferenciar-se duas situações: 1a. Da decisão liminar contra a Fazenda Pública é possível usar a medida suspensiva de segurança sem

34 DELGADO MIRANDA, Gilson; MIRANDA PIZZOL, Patrícia. *Processo Civil, recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

35 DELGADO MIRANDA; MIRANDA PIZZOL, op. cit., p. 142.

36 GUTIÉRREZ, Cristina. *Suspensão de Liminar e de Sentença na Tutela do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 54.

37 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: RT, 2000. p. 92.

a necessidade do agravo de instrumento, muito embora alguns tribunais disso divirjam e exijam a interposição do recurso, sob pena de preclusão da decisão; 2a. Da decisão concessiva de segundo grau caberão recurso especial/extraordinário e, bem por isso, estes devem ser utilizados junto com a suspensão de segurança, porque senão a discussão morrerá ali, já que é sentença final e não decisão interlocutória concessiva de liminar.

5.7 Reclamação

A reclamação não tem natureza jurídica recursal; é sim um pedido, por meio do qual a parte leva às Cortes Superiores a notícia de que seus atos ou decisões não estão sendo cumpridos. Consoante os ensinamentos doutrinários tem por objetivo evitar o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva e, ainda, visa a preservar a competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de juízo ou outro Tribunal local³⁸.

São julgados do Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento da reclamação: Rcl 9706/MG; AgRg nos EDcl na Rcl 8594/SE.

Quando será cabível, então, a reclamação, na hipótese de decisão interlocutória? Para alguns, na hipótese de haver sobrestamento equivocado de recurso especial ou extraordinário em função de matéria repetitiva. Mas há controvérsia a respeito, consoante assinalamos linhas acima.

6 MEDIDA CABÍVEL NA HIPÓTESE DO ARTIGO 542, PAR. 3º DO CPC

Essa é outra questão tormentosa no tocante a decisão monocrática do tribunal. O parágrafo 3º. do art. 542 prevê a retenção de recurso extraordinário ou especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução. Tal dispositivo, frise-se, não é considerado inconstitucional pela doutrina³⁹.

Sem embargo do preceito legal, em determinados casos, a jurisprudência tem admitido o destrancamento imediato de recurso extraordinário e especial naquelas situações em que a retenção possa implicar na perda de utilidade do recurso, a exemplo do que se dá nos casos de concessão ou indeferimento de medida liminar ou antecipação de tutela⁴⁰.

38 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. v. I, Forense, 2006. p. 609.

39 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

40 STJ, 1a. Turma, AgRg no Ag 759.908/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. Em 12.09.2006, DJ 28.09.2006, p. 209; STJ, 1a. Turma, Resp 791.292/MT, rel. Min. Denise Arruda, j. em 07.08.2007, DJ 06.09.2007, p.

Mas, fora de tais hipóteses, qual seria a medida cabível para quem se sentir prejudicado com a retenção dos recursos especial e/ou extraordinário?

Vinha o STJ admitindo a interposição de medida cautelar (1. Turma, MC 12.856/RJ, rel. Min. José Delgado, j. em 28.08.2007, DJ 13.09.2007, p. 152) ou agravo de instrumento. Atualmente, a posição do STJ é no sentido de cabimento da medida cautelar, consoante decisão tomada na MC 19181/AL, Agravo Regimental na Medida Cautelar 2012/0071543-4.

A posição do STF também é no sentido do cabimento de medida cautelar em tal hipótese, conforme *Pet 2956 AgR/MG*.

Mas há entendimento no STF de cabimento também de agravo de instrumento e reclamação⁴¹, ao fundamento de que há incerteza na Corte quanto à medida cabível, razão pela qual não seria lícito prejudicar a parte com o eventual não conhecimento do remédio que, dentre estes, se entenda impróprio e, ainda, porque a pretensão parece se encaixar no âmbito de admissibilidade das três medidas processuais que, inclusive, devem ter-se por fungíveis.

Por fim, há julgado do STJ, ainda, admitindo para o destrancamento do recurso especial, o agravo do artigo 544 do CPC⁴², meio este tido como o caminho mais promissor⁴³.

7 RECURSO CABÍVEL NAS HIPÓTESES DOS ARTS 543-B, PAR. 10 E 543-C, PAR. 10 CPC

Pela sistemática do artigo 543-B, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos representativos daquela e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sendo que a repercussão geral será processada nos termos de seu Regimento Interno, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

A medida parece salutar não fosse pelo fato de que pode haver equívoco, suspendendo-se processo que, embora guarde similitude com aquela controvérsia, não se apresenta idêntica ou, ainda, que contenha elementos outros que precisam ser analisados de forma individualizada.

200). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido (STF, *Pet na MC 3.598/RJ*, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03.02.2006, DJ 10.02.2006, p. 21). (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, obra citada, p. 584).

41 *Pet 2.460/RS*, rel. M. Sepúlveda Pertence, j. em 02.10.2001, DJ 11.10.2001 e *Pet na MC 3.598/RJ*, rel. Min. Cezar Peluso, j. Em 03.02.2006, DJ 10.02.2006, p. 21)

42 5a. T., STJ, Ag Rg no Ag 705.038/RJ, 06.12.2005, Rel. M. Felix Fischer, DJU 13.02.2006, p. 844.

43 ASSIS, op. cit., p. 826.

Nessa hipótese, prevê o parágrafo 3º. do dispositivo que uma vez julgado o mérito do recurso extraordinário, aqueles recursos antes sobrestados serão apreciados pelos Tribunais de interposição, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

Nesse caso, não há previsão de recurso contra essa decisão monocrática do tribunal. A doutrina entende, no entanto, que é cabível o agravo de instrumento ou, ainda, a reclamação⁴⁴.

Tal posicionamento, no sentido do cabimento de agravo de instrumento, certamente levou em consideração que não poderia ser o agravo interno ou regimental, porquanto este não teria o condão de forçar a subida do recurso especial/extraordinário, indevidamente sobrestado, aos Tribunais Superiores. No nosso entender, contudo, seria o agravo previsto no artigo 544 do CPC, que dispensa o instrumento, mas que enseja a subida ao tribunal superior⁴⁵. E assim compreendemos ao fundamento de que a decisão que suspende o processamento do recurso especial/extraordinário obsta a subida destes e a consequente apreciação pelos tribunais superiores, em situação similar à da decisão que inadmite os recursos especial/extraordinários, sendo plausível, assim, o agravo do artigo 544, que prescinde do instrumento e preparo.

Aliás, com tal proceder, o agravo subirá aos Tribunais Superiores que poderão tomar uma das medidas previstas no parágrafo 4º. do artigo 544, inclusive dar provimento ao recurso extraordinário que será apreciado no mérito, portanto, se restar demonstrado que o sobrestamento do artigo 543-B, parágrafo 1º. foi equivocado no tribunal *a quo*.

O mesmo raciocínio, pelas razões acima apontadas, serve para a situação do artigo 543-C, parágrafo 1º., que refere ao recurso especial de matéria repetitiva, que implicaria no sobrestamento de todos os demais em sede do tribunal local.

Apesar dos argumentos que apresentamos, cumpre trazer dois julgados recentes sobre a questão da decisão que determina o sobrestamento do recurso especial com base no artigo 543-C do CPC. Ambos concluem pelo descabimento de qualquer recurso: o primeiro deles, AREsp 214.152-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5.2.2013, em razão da falta de previsão de recurso, aplica o princípio da taxatividade

44 MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 591. O mesmo entendimento é explicitado pelos autores a respeito do recurso especial, cf. p. 593.

45 “Súmula 727, STF: Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos Juizados Especiais”). A ausência de remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça desafia ação de reclamação, porque aí há evidente usurpação de competência (arts. 13-18, lei 8.038, de 1990, STJ, 2a. Seção, Rel 11.453/PE, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 26.09.2007, DJ 11.10.2007, p. 282)”. (Luiz Guilherme Marinoni, obra citada, p. 596)

recursal e o outro, AgRg na Rcl 6.537-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 27.02.2013, ao entendimento de que se trata de mero despacho e, portanto, de ato irrecurável, por força do artigo 504 do CPC.

Discordamos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça explicitado em tais julgados. É que, quanto à irrecurribilidade por aplicação do princípio da taxatividade, entendemos que não há que se falar nele porquanto: i) não há norma expressa dizendo que a decisão assim proferida é irrecurável; ii) por aplicação da regra geral do artigo 522 do CPC que diz do cabimento do recurso de agravo das decisões interlocutórias.

Quanto ao fundamento utilizado no segundo julgado citado, de que a decisão assim tomada não passa de um mero despacho e que, portanto, é irrecurável, na forma e termos do artigo 504 do CPC, igualmente, divergimos, eis que não se pode aceitar que a determinação de suspensão do processamento de um recurso, de forma equivocada e que, por isso, ocasiona prejuízo à parte recorrente deve ser tida como despacho e não decisão para fins recursais. Ora, o que distingue a decisão do despacho é que este nada decide e, portanto, não pode acarretar gravame à parte⁴⁶. Não é a hipótese, por certo, da suspensão do recurso especial erroneamente determinada. Cremos que nesse caso é decisão, causa gravame à parte e, por isso, é recorrível e, a nosso ver, o recurso cabível é o de agravo, na forma do artigo 544 do CPC.

8 RECURSO CABÍVEL NA HIPÓTESE DO ART. 543-C, PAR. 7º I, DO CPC

Quanto à situação de decisão que nega seguimento a recurso especial na hipótese de haver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, após publicado o acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que cabível agravo regimental, consoante recentes decisões: Rcl 5.246-RS, Dje 2.8.2011; RMS 35.441-RJ, Rel. M. Herman Benjamin, julgado em 6.12.2012.

Isto se dá porquanto o inciso II do parágrafo 7º. do artigo 543-C dispõe sobre o exame dos recursos especiais sobrestados na origem, pelo próprio tribunal de interposição.

Não aceitando a reclamação nessa hipótese, julgados do STJ: Rcl 5.246/RS e AgRg na Rcl 10.805-RS.

É fácil concluir, assim, que o sistema recursal brasileiro tem se mostrado complexo e o advogado deve estar bastante atento para não incorrer em equívoco no momento da interposição do recurso adequado.

⁴⁶ MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 540.

9 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES POR DECISÃO MONOCRÁTICA

Os embargos infringentes, como cediço, são cabíveis em hipótese específica, qual seja, aquela contida no artigo 530 do Código de Processo Civil⁴⁷. Implica, assim, dentre os requisitos previstos em lei, no julgamento por maioria, ou seja, a posição de um dos julgadores desponha contrária à da maioria.

O processamento e julgamento dos embargos infringentes são, expressamente (artigo 533 do Código de Processo Civil), objeto de regramento pelos regimentos internos dos respectivos tribunais.

A par disso, o que se observa é que o julgamento do mencionado recurso, nessa mesma tônica atual de possibilitar cada vez mais o exame da matéria de forma monocrática, em alguns casos também acaba sendo julgado singularmente, apenas pelo relator.

Exemplo recente é o acórdão proferido nos embargos infringentes no. 0032000-38.1998.4.03.6100, de 13 de novembro de 2012, que teve como relatora a Desembargadora Federal Cecília Mello, do E. Tribunal Regional Federal da Terceira região. Referido processo traz como controvérsia a questão da pretendida inclusão dos percentuais correspondentes à variação do IPC no período de março de 1989 a 1992, sobre diferenças de vencimentos pagas administrativamente aos servidores públicos federais com atraso.

A sentença de primeiro grau foi desfavorável aos autores, servidores públicos, ensejando apelação. Apreciando esta, por sua vez, a e. Quinta Turma, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação, nos termos do voto do Desembargador Federal Luiz Stefanini, acompanhado pela Juíza Federal Louise Filgueiras, vencida a Relatora, Desembargadora Federal Ramza Tartuce.

Assim, foram opostos embargos infringentes pela União e foi determinada a escolha de novo relator, em consonância com o artigo 534 do CPC c/c artigo 260, par. 2º. do Regimento Interno do TRF3. Eleita a Desembargadora Federal Cecilia Mello, entendeu esta por decidir singularmente os embargos infringentes, seguindo o entendimento do voto vencedor que dava provimento ao apelo dos autores.

Assim procedeu suscitando o posicionamento da 1ª. Seção do mesmo TRF3 que admitira em outro feito, o julgamento, via monocrática, dos

47 "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".

embargos infringentes. Confirmamos os julgados então referidos⁴⁸: Resp no. 347.147/RN, HC no. 19860/RJ, Resp no. 506873/RJ, dentre outros.

O fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para admitir o julgamento monocrático dos embargos infringentes é de que, em se tratando de recurso intempestivo, incabível, deserto ou contrário à jurisprudência dominante, inexistente ofensa ao disposto no artigo 557 do CPC quando o relator não submete a pretensão recursal à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso. Neste diapasão, são os precedentes jurisprudenciais nos AEDEDAGA n.ºs. 146.337 e 66.904, publicados no DJ de 1º/12/1.997, ambos de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, e no REsp 259.764-PR, DJ de 05/03/2.001, relator Ministro José Delgado.

É de se questionar, porém, tal entendimento, por duas razões: i) porque o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira região, em seu artigo 260 e parágrafos, deixa claro, em várias passagens, que a decisão dos embargos infringentes deve dar-se pelo colegiado e não monocraticamente⁴⁹; ii) porque o mesmo Superior Tribunal de Justiça, quando instado a manifestar-se sobre a possibilidade de se julgar embargos declaratórios opostos de acórdão, por decisão monocrática, manifestou-se contrariamente, ao argumento de que após ter se pronunciado o colegiado a respeito, não é dado ao relator decidir singularmente, consoante anotado linhas acima!

Ora, então tal argumento serve para os embargos declaratórios e não serve para os embargos infringentes? Se os embargos de declaração de acórdão não podem ser julgados monocraticamente, nos parece que, com maior razão, também os embargos infringentes, voltados contra acórdão, não podem ser decididos singularmente, em hipótese alguma, eis que a razão dos infringentes foi exatamente o voto divergente que pode não ser do relator e que, por isso, merece não apenas ser declarado, como também ensejar nova discussão da matéria, pelo colegiado.

REFERÊNCIAS

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

48 (TRF3 - Agravo Legal em Embargos Infringentes n. 0030829-85.1994.4.03.6100/SP, proc. N. 2001.03.99.058631-7/SP, 1a. seção, relator desembargador Federal Luiz Stefanini, j. 16.06.2011, de 29.06.2011).

49 De observar-se que também o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (arts. 153, 181, IV, "e", 235 e 236) refere a julgamento dos embargos infringentes pela Câmara e, portanto, pelo colegiado.

CIANCI, Mirna. *A Verdadeira Anatomia do recurso de Agravo Interno de que trata o Par. 1º. do Artigo 557 do CPC*.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e Recursos Para os Tribunais Superiores*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, RPC 23, RT, 2010.

CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de. *recurso Extraordinário e Recurso especial*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *Código de Processo Civil Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2008.

DELGADO MIRANDA, Gilson; MIRANDA PIZZOL, Patrícia. *Processo Civil, Recursos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. v. 3, Salvador, Bahia: Podivm, 2007.

GUTIÉRREZ, Cristina. *Suspensão de Liminar e de Sentença na Tutela do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. Coordenação. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Coordenação. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 3, 7. ed. São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. 3, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. v. I, Forense, 2006.

O PREQUESTIONAMENTO COMO CONDIÇÃO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE RISE OF THE LEGAL QUESTION: "PREQUESTIONAMENTO" AS A CONDITION TO THE ACCESS TO THE JURISDICTION OF THE BRAZILIAN UPPER COURTS

*Emilio Carlos Brasil Diaz
Advogado da União¹*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Recursos Especial e Extraordinário; 1.1 Das "Crises do Supremo"; 1.2 Do Recurso Extraordinário; 1.3 Do Recurso Especial; 1.4 Do juízo de admissibilidade e de mérito do Recurso Especial e Extraordinário; 1.5 Requisitos de Admissibilidade Específicos; 2 Histórico e Evolução Constitucional do Prequestionamento; 2.1 O Prequestionamento nas Constituições Brasileiras; 2.2 Da Constitucionalidade do Prequestionamento; 3 Das diferentes concepções de Prequestionamento; 3.1 Responsabilidade pelo Prequestionamento; 3.2 Prequestionamento Explícito e

¹ Atuou no Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União (DPI) em Brasília (DF) de 2005 a 2006. Atua desde 2007 na Coordenação de Patrimônio Público da Procuradoria-Regional da União da 3ª Região SP/MS perante a Justiça Federal de 1ª instância e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Especialista em Direito Processual Civil.

Implícito; 3.3 Do Prequestionamento Ficto – Embargos de Declaração Prequestionadores; 4 Das Súmulas do STF acerca do Prequestionamento; 4.1 Da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal; 4.2 Da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal; 5 Dimensão Política do Prequestionamento; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente trabalho buscará expor a evolução histórica do instituto do prequestionamento desde as suas origens no direito norte-americano. Será abordada, também a evolução histórica ao longo das Constituições brasileiras, bem como, as diferentes concepções de prequestionamento forjadas pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Buscará comprovar que o referido instituto vem sendo utilizado de maneira política pelos referidos tribunais de maneira a obstar o elevado volume de recursos submetidos a sua apreciação.

PALAVRAS-CHAVE: Prequestionamento. Constituição. Prequestionamento Implícito. Prequestionamento Ficto. Questão Jurídica.

ABSTRACT: This paper is aimed at developing the historical evolution of the “prequestionamento” from its origins in the American law as well as providing the reader with a historical overview of the “prequestionamento” along the Brazilian past Constitutions up to the present one, which was enacted in 1988. It will also analyzes the different approaches towards the “prequestionamento” according to the major representatives of the legal doctrine and the judicial decisions of the Brazilian Upper Federal Courts. It also provides the reader with a contemporary critical approach that demonstrates the misuse of the prequestionamento by the Brazilian Upper Federal Courts as a political instrument to reduce the number of appeals submitted to their jurisdiction.

KEYWORDS: Rise of the Legal Question “Prequestionamento”. Constitution. Implicit Prequestionamento. Fictitious Prequestionamento.

INTRODUÇÃO

O prequestionamento vem sendo usado pelos Tribunais Superiores como uma constante válvula de escape de forma a dificultar o acesso a sua jurisdição.

Afinal de contas, o que é o prequestionamento? Um requisito específico de admissibilidade dos recursos ditos excepcionais ou uma forma obscura de desafogar as Cortes Superiores? Há um componente político em sua utilização em razão da ausência de interesse dos Tribunais Superiores em uniformizar o seu entendimento acerca do tema?

Este trabalho buscará demonstrar que o prequestionamento é um instrumento legítimo de controle do acesso aos Tribunais Superiores mas que a ausência de uniformização de entendimentos nas Cortes Superiores leva a uma perplexidade e insegurança jurídica dentre os operadores do Direito.

1 DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

A República Federativa do Brasil, por força dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal de 1988 é um Estado cuja forma é a federativa, formada pela união indissolúvel dos três entes federados, a saber: União, Estados e Municípios.

Os Estados que adotam a forma federativa, via de regra, são dotados de grande extensão territorial, de forma que a Constituição Federal estabelece a criação de tribunais em cada unidade federativa, destinados a julgar temas afetos à competência de cada Estado-membro, no caso dos Tribunais de Justiça dos Estados, ou por regiões, que englobam diversos Estados, no caso da Justiça Federal.

Nessa esteira, imprescindível a existência de mecanismos de controle das decisões emanadas de tribunais de 27 unidades federadas, sob pena de cada um interpretar a Constituição Federal à sua maneira, extrapolar a competência a ele outorgada. Daí a necessidade da existência de recursos que assegurem a unidade do direito nacional.²

² MEDINA, em sua conhecida obra acerca do tema, assim discorre sobre o tema: “Em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que as normas constitucionais e federais são aplicadas por tribunais estaduais e tribunais regionais federais autônomos entre si, justifica-se, também, a criação de recursos com a finalidade de proporcionar a unidade de inteligência acerca do Direito nacional.” (grifo do original) (ibidem, p. 24).

No caso brasileiro, foi criado, para tal mister o Recurso Extraordinário e posteriormente o Recurso Especial, com a finalidade de propiciar uma interpretação uniforme do direito federal e constitucional.³

1.1 DAS “CRISES DO SUPREMO”

Muito se fala atualmente na sobrecarga que enfrentam os Tribunais Superiores em razão de seus escaninhos se encontrarem abarrotados de processos, fazendo com que a prestação jurisdicional seja feita a destempo, em prejuízo de toda a coletividade.

Antes da Constituição de 1988, a doutrina já discutia acerca da necessidade de uma Corte Superior que à qual estivesse afeta toda a matéria federal infraconstitucional, de forma que à Suprema Corte caberia o papel assemelhado ao de uma Corte Constitucional.

Nesse contexto, o legislador Constituinte Originário criou o Superior Tribunal de Justiça, responsável pelo controle da legislação federal infraconstitucional.

Contudo, a criação de mais uma Corte que desafogasse o Supremo Tribunal Federal, responsabilizando-se pelo direito federal não surtiu o resultado esperado. Passados 25 anos de sua criação, pode-se afirmar hoje em dia que a “Crise do Supremo” se transformou numa “Crise dos Tribunais Superiores”. Diante disso pode-se perguntar: por que tal problema persistiu e continua a se agravar?

Uma das possíveis explicações pode ser encontrada nas características de nossa “Constituição cidadã”: Tratando-se de uma constituição analítica, sendo a primeira Constituição após longo período ditatorial, procurou o legislador Constituinte “constitucionalizar” todos os direitos fundamentais, descendo por vezes a minúcias incompatíveis com um texto constitucional.

1.2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Recurso Extraordinário tem sua origem no direito norteamericano onde por meio do *writ of error* da Seção 25 do Judiciary Act de 1789, visando assegurar a supremacia da lei federal sobre a dos Estados federados.

3 É o sentido da manifestação de MEDINA: “É o que sucede com os recursos extraordinário e especial. Decerto, a aplicação do direito, pelo órgão judicante, seria precária se não se buscasse preservar a unidade de sua compreensão, evitando interpretações divergentes do direito positivo.. Busca-se, por isso, na medida do possível obter a unidade de inteligência da norma, em função do entendimento unificador estabilizador que lhe devem dar os tribunais superiores. Ibidem, p.24.

O Recurso Extraordinário, primeiro recurso criado com a finalidade de uniformização do direito federal, surgiu com a criação da Justiça Federal pelo Decreto 848/1890, tendo permanecido até a Constituição Federal de 1988.

Referido recurso encontra sua previsão na Constituição de 1988 no artigo 102, III.

O julgamento dos recursos extraordinários está a cargo do Supremo Tribunal Federal, responsável pela última interpretação a ser dada à Constituição Federal⁴.

Digno de nota a respeito deste recurso, assim como no que pertine ao recurso especial, é que o mesmo não se presta a ser um terceiro grau de jurisdição, ou seja, o seu fim precípuo não é proteger o direito subjetivo da parte que recorreu, mas sim zelar pela supremacia da Constituição. Do mesmo modo, o recurso especial zela pela higidez da interpretação e correta aplicação das leis federais.

Portanto, quando uma das partes interpõe um recurso excepcional para um Tribunal Superior, o seu *pedido imediato* será a *correta interpretação da Constituição ou de uma lei federal* e somente pela via reflexa, mediata, a *proteção do seu direito subjetivo*.

É por essa razão que tanto no âmbito do recurso extraordinário como no do recurso especial é vedada a revisão de matéria de prova⁵, haja vista que tais Cortes somente zelam pela correta aplicação da Constituição Federal e das leis federais respectivamente.

1.3 DO RECURSO ESPECIAL

O recurso especial, apesar de surgir apenas com a Constituição de 1988, já vinha sendo gestado desde a década de 60, quando o ilustre jurista

4 A doutrina e jurisprudência consideram a súmula 400 do STF “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do artigo 101, III da CF.” é incompatível com a atual redação do artigo 102, III da Constituição Federal. Se apenas o Supremo Tribunal Federal pode dar a interpretação final do texto da Constituição Federal, o texto da súmula permite que outros tribunais de hierarquia inferior possam dar outras interpretações ao texto constitucional sem que a mesma possa ser submetida ao crivo do STF por ser “razoável”. Tal fato teria como corolário que mais de uma interpretação da Constituição seria possível, enfraquecendo o papel do STF. Outrossim, estar-se-á diante de um conceito indeterminado que violaria o princípio da segurança jurídica, pois o conceito de “razoável” dependeria apenas do seu interprete. Nesse sentido Nelson Nery Jr. em sua festejada obra “Código de Processo Civil Comentado, p. 186: “O STF é interprete maior e final da CF, a ele cabendo dizer qual é a única interpretação possível para o texto constitucional. Entender-se que podem coexistir várias interpretações ‘razoáveis’ do mesmo dispositivo constitucional é instaurar a insegurança jurídica no país. Felizmente não tem sido aplicada no julgamento do REsp pelo STJ”.

5 Nesse sentido os entedimentos sumulados no verbete 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

e professor José Afonso da Silva, em sua obra “*Recurso Extraordinário*”, defendia a criação de um tribunal responsável pelo julgamento da matéria infraconstitucional, de forma que o Supremo Tribunal Federal pudesse exercer efetivamente a sua vocação de Corte Constitucional.

Considerando o período de exceção vivido pelo país pós-golpe militar de 1964, que reduziu a litigiosidade no país, tal anseio permaneceu contido até o advento da Constituição de 1988, que criou o recurso especial, o qual foi introduzido pelo inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Simetricamente ao recurso extraordinário, o recurso especial possui a missão precípua de garantir uma uniformidade de entendimento das leis federais, bem como a de garantir a sua supremacia.

Da mesma forma que o recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça, ao prover determinando recurso especial estará *primeiramente assegurando a uniformização da interpretação de determinada lei federal* ou assegurando a supremacia do direito federal. Em um segundo momento, caso tal pretensão venha de encontro ao direito subjetivo do recorrente, *estar-se-á acolhendo ou não a sua pretensão*.

1.4 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E DE MÉRITO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos especial e extraordinário, previamente ao juízo de mérito, realizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, passam por um duplo juízo de admissibilidade, feito tanto pelo tribunal *a quo* como pelo tribunal *ad quem*.

Tais aspectos são conhecidos como *requisitos de admissibilidade*, que são classificados pela doutrina como: (i) genéricos, quando aplicáveis a ambos os recursos extraordinário, como tempestividade, preparo e (ii) específicos, os quais aplicam somente a um deles, como por exemplo, o requisito da repercussão geral, aplicável apenas ao recurso extraordinário. Centraremos nosso foco nos requisitos específicos.

O juízo de admissibilidade possui um *caráter bifásico* e é feito em dois momentos: primeiramente é verificado pelo tribunal *a quo* se os requisitos formais estão presentes, emitindo-se uma decisão provisória que poderá ser reformada pelo juízo *ad quem* previamente à análise de mérito do recurso.

Uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade é que o tribunal *ad quem* adentrará no mérito do recurso, isto é, se o caso apresentado se subsume a uma das hipóteses dos artigos 102, III ou 105, III da Constituição Federal.

Contudo, tal distinção por vezes não corresponde ao que sói ocorrer na prática forense. Situação extremamente corriqueira para aqueles que militam nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais é constatar que o presidente ou vice-presidente do tribunal, ao negar admissibilidade do recurso, adentra no seu mérito alegando inexistir violação à Constituição ou à lei federal.

1.5 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICOS

Após o preenchimento dos requisitos de admissibilidade genéricos, os recursos especial e extraordinário possuem requisitos específicos, previstos na Constituição Federal.

O Recurso Extraordinário é cabível quando a questão se subsumir a uma das hipóteses do inciso III do artigo 102, qual seja, a decisão recorrida: (i) contrariar dispositivo da Constituição Federal; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição e (iv) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Junte-se a estes o recente requisito específico da Repercussão Geral introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 ao parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal.

Por sua vez, os requisitos específicos do Recurso Especial encontram sua previsão legal no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, quando a decisão recorrida: (i) contrariar tratado ou lei federal ou ter negado sua vigência; (ii) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (iii) der à lei federal interpretação divergente da que lhe houver atribuído outro tribunal.

Um requisito de admissibilidade específico válido para ambos os recursos é o da existência de uma *causa decidida em única ou última instância*, conforme texto do inciso III do artigo 102 e 105 da Constituição Federal.

Tal requisito se reveste de extrema importância, uma vez que nele repousa toda a essência dos recursos extraordinários: para que se possa ter um recurso direcionado aos Tribunais Superiores, é necessário que o tribunal *a quo* tenha se pronunciado sobre a questão federal ou constitucional. É neste momento que surge o prequestionamento.

2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO PREQUESTIONAMENTO

As origens históricas do prequestionamento remontam ao instituto do *writ of error*, do direito inglês. Daniel Barbosa Lima Faria

Correa de Souza⁶, ao mencionar a obra de José Miguel Garcia Medina, o *writ of error*, como concebido no direito inglês, '*consistia em um ato do rei, ordenando a revisão de um julgamento por causa de um erro*'

Contudo, o marco utilizado como referência para a origem do prequestionamento é encontrado no direito norte-americano com o *Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789, no contexto de formação do Estado Federal, ante a necessidade de se manter a supremacia da Constituição diante da interpretação dada pelos Tribunais dos Estados-membros.

Digno de nota nesse sentido são as considerações de Mancuso⁷ citando obra do constitucionalista norte-americano Thomas Coolley acerca das origens do prequestionamento no direito norte-americano e as hipóteses de seu cabimento:

A idéia do prequestionamento, ensinava Alfredo Buzaid em voto no AgRg no RE 96.802 (RTJ 109/299), "tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem a sua origem na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana de 24 de setembro de 1789. Esta lei admitiu das decisões da Justiça Estadual recurso para a Corte Suprema, recurso que recebeu o nome de writ of error. Coolley observa que 'é essencial para a proteção da jurisdição nacional e para prevenir conflito entre Estado e autoridade federal, que a decisão final sobre toda questão surgida com referência a ela fique com os tribunais da União, e como tais questões devem surgir frequentemente primeiro nos tribunais dos Estados, dispôs-se pelo Judiciary Act deslocar para a Corte Suprema dos Estados Unidos a decisão ou resolução final, segundo o direito ou segundo a equidade, proferida em qualquer causa pelo mais alto tribunal do Estado, onde se questiona acerca da validade de tratado, lei ou ato praticado por autoridade da União e a decisão é contrária a essa validade; ou onde se questiona sobre a validade de uma lei ou um ato cometido por autoridade de algum Estado, sob o fundamento de que repugna à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos e a decisão é favorável à validade; ou onde se questiona sobre algum título, direito, privilégio ou imunidade, reclamado segundo a Constituição, tratado ou lei federal ou ato feito ou autoridade exercida pelos Estados Unidos e a decisão é contrária ao título, direito, privilégio ou imunidade reclamado por qualquer das partes com base na

6 CORREA E DE SOUZA, Daniel Barbosa. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

7 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: RT, 2010.

Constituição, tratado, lei, ato ou autoridade' (cf. Coolley, *A treatise of constitutional limitations*, 6. ed., Boston, 1890, p.18-19).

E, mais adiante, conclui seu pensamento:

A doutrina prevalente nos Estados Unidos é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. É o que ainda ensina Coolley: 'Mas, para autorizar a reforma sobre aquela lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente, ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada' (Coolley, *ob. cit.*, p. 19).

Observa-se da leitura do pensamento de Coolley trazido por Mancuso que o instituto do *writ of error* foi forjado dentro de uma estrutura de Federalismo formado por diversos Estados-membros com competências para legislar sobre diversas matérias, em concorrência, inclusive, com a União, de forma que deva ser demonstrado claramente na decisão recorrida que o Tribunal de determinado Estado federado tenha infringido questão federal.

2.1 PREQUESTIONAMENTO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O prequestionamento surgiu pela primeira vez nas constituições pátrias com a Constituição de 1891, no bojo da instituição no país da Justiça Federal através do Decreto 848, de 1890.

Importante observar que o Recurso Extraordinário, desde o ano de 1890 e da primeira Constituição Republicana tinha seu cabimento autorizado tanto em face de violação às normas federais e constitucionais, característica esta que perdurou por todas as Constituições da República até a criação do Recurso Especial com a Constituição de 1988.

O artigo 59, parágrafo 1º, alínea "a" da primeira carta republicana, menciona expressamente o cabimento do Recurso Extraordinário "*quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella*".

As Constituições de 1934 e 1937, na linha da Constituição de 1891, não deixaram margem a dúvidas quanto a existência do "questionamento", mencionando em duas alíneas ao vocábulo "questionar". A primeira delas, em seu artigo 76, III, alíneas "a". A Constituição de 1937 contemplava o "questionamento" em seu artigo 101, III, alíneas "a" e "b". Observa-se que utilizava-se apenas o vocábulo "questionar", sem que houvesse

menção ao vocábulo “prequestionamento”, cujo termo foi objeto de discussão ulterior entre a doutrina e a jurisprudência.

A Constituição de 1946 manteve menção expressa ao termo “questionar” em seu texto, tendo, sido suprimida quanto à alínea a do inciso III do artigo 101. Parte da doutrina à época levantou-se, afirmando que o prequestionamento havia sido suprimido pelo Constituinte.⁸

Instada a se manifestar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência do prequestionamento não precisaria vir expressa na Constituição Federal, de forma que a mesma estaria implícita no texto da Constituição. Interessante consignar que essa jurisprudência gestou a concepção do prequestionamento implícito, pela qual é necessária a manifestação pelo Tribunal recorrido, acerca da questão federal ou constitucional.

Questão polêmica surgiu com as constituições subseqüentes à de 1946. A Constituição de 1967, primeira após o golpe militar de 1964, deixou de fazer menção expressa ao vocábulo “questionar” no seu artigo 114, assim como na redação da Constituição de 1969.

A Constituição de 1988 trouxe novamente à discussão questão que já havia sido pacificada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do ERE 96.802, durante a vigência da Constituição de 1946. Isto porque o novel texto constitucional silenciou quanto ao vocábulo de fazer qualquer menção ao vocábulo “questionar”.

Contudo, encontram-se na doutrina poucos entendimentos divergentes acerca da existência do prequestionamento da nossa Carta Magna atual.

Isto porque a Constituição Federal dispõe, tanto no inciso III do artigo 102, como no inciso III do artigo 105 trazem a expressão “causas decididas”, que refletiria de forma mais fiel a verdadeira função dos recursos excepcionais: apreciar questões das quais não caiba mais recurso nas instâncias ordinárias⁹.

Das considerações acima expostas, a doutrina e jurisprudência travaram intenso debate, hoje superado, acerca de que a omissão pelo legislador constituinte do vocábulo “questionar” teria levado à conclusão que a Constituição de 1988 teria dispensado o prequestionamento, sendo, portanto,

8 Dentre os mais importantes expoentes, estão José Afonso da Silva e Pedro Batista Martins.

9 CORREA DE SOUZA, citando Bruno Mattos e Silva assevera: “A Constituição Federal de 1988 fala em causas decididas. Entende-se causa como sinônimo de questão. Esse é o fundamento constitucional, segundo afirma Bruno Mattos e Silva, para a exigência do prequestionamento, pois se a questão não foi decidida, isto é, prequestionada, não poderá ser objeto de Recurso Especial. Dessa forma, o prequestionamento é a apreciação da questão por parte do órgão julgador, e não a mera arguição da questão pela parte”. (Correa de Souza apud Bruno Mattos e Silva, op. cit., p. 27)

sua exigência inconstitucional ou tratar-se exigência inerente aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores em razão de sua natureza extraordinária?

2.2 DA CONSTITUCIONALIDADE DO PREQUESTIONAMENTO

Considerando que a partir da Constituição de 1946 o vocábulo “*questionar*” deixou de vir expressamente mencionado em um dos incisos da mencionada Constituição, levantou-se uma questão na doutrina e na jurisprudência: a exigência do prequestionamento a partir da Constituição de 1946 se mantinha constitucional, uma vez que não mais existia menção expressa ao vocábulo “questionar”, existente nas constituições antecedentes?

Tal questionamento foi dirimido pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência da Constituição de 1946, pelo Exmo. Ministro Victor Nunes Leal ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário 46.882 em 9 de novembro de 1962.

No caso em questão, atinente a questão falimentar, alegava a embargante divergência entre o acórdão proferido pela 1ª Turma da Suprema Corte com dois acórdãos da 2ª Turma.

Sustentava em suas razões de embargos que os acórdãos emanados pela 2ª Turma não faziam referência ao requisito do prequestionamento, razão pela qual requeria o provimento dos Embargos de Divergência.

O Exmo Ministro Victor Nunes Leal, ao julgar a questão, entendeu que nos acórdãos objeto da divergência a questão havia sido prequestionada nas instâncias inferiores.

Enfatizou, também, expressamente, que a ausência da integral menção na Constituição de 1946 ao prequestionamento como redigido nas Constituições anteriores era irrelevante.

Transcrevemos, por oportuno, trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro:

Aliás, o requisito pré-questionamento como pressuposto de cabimento do recurso extraordinário era expressamente mencionado nas Constituições de 1891, art.59, III, a; de 1934, art. 76, III, a; de 1937, art. 101, III, a, não tendo sido conservada a redação anterior na Constituição de 46. Entretanto, essa mudança de redação é irrelevante para desate do problema em foco, conforme tem decidido, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal.

A questão foi trazida novamente à discussão com o silêncio das Constituições de 1967 e de 1969 a respeito do prequestionamento.

O Supremo Tribunal Federal, mais de dez anos após a Emenda 1/1969, teve novamente a oportunidade de se manifestar a respeito no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos no Recurso Extraordinário da relatoria do Eminentíssimo Ministro Alfredo Buzaid, julgado em 12 de maio de 1983, portanto, ainda na vigência da Constituição de 1969.

No referido acórdão, também versando sobre matéria falimentar, alegava a embargante a divergência entre as duas turmas da Suprema Corte, invocando o provimento do seu recurso por ausência de citação da falida para integrar o processo.

O Ministro Buzaid, ao apreciar o recurso, entendeu inexistir divergência no caso em questão, uma vez que a questão da citação da falida não havia sido objeto de prequestionamento nas instâncias inferiores.

Referido recurso encontra-se assim ementado:

EMENTA: - 1. Constitucional. O prequestionamento supõe não apenas que, na petição de recurso, a parte vencida mencione os cânones constitucionais violados, mas que a matéria tenha sido ventilada e discutida no Tribunal a quo, onde ficaram vulnerados.

2. O recurso extraordinário é um meio de impugnação, cujas condições e motivos estão expressamente designado no art. 119 da Constituição e só tem lugar nos casos que especifica. O prequestionamento é uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário.

3. Inteligência do prequestionamento. Direito comparado.

4. Não servem aos embargos de divergência os acórdãos já invocados para demonstrá-los, mas rejeitados como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário (art. 331 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Após a promulgação da Constituição de 1988, surgiram novas indagações por parte da doutrina processualista acerca da compatibilidade do prequestionamento com a nova Carta Magna, uma vez que, à semelhança do que se passou com as Constituições de 1967 e de 1969, não havia qualquer menção ao vocábulo “questionar” no corpo da nossa atual Constituição, levando a novos entendimentos por parte da doutrina acerca da inexistência de previsão do prequestionamento pelo Constituinte Originário.

Uma das manifestações doutrinárias mais contundentes foi a do jurista gaúcho Galeno Lacerda em texto titulado “*Criticas ao Prequestionamento*”.¹⁰

Referido texto, consistente em parecer a consulta formulada pela Federação Brasileira das Associações de Bancos, o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fundamenta sua manifestação no sentido de que os julgados que admitem o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário tomaram como premissa as sumulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal, ou seja, precedentes jurisprudenciais.

Outrossim, traz como outro fundamento ao seu entendimento texto da lavra do Ministro Carlos Velloso, manifestado em sua obra “*O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988*” que, citando a opinião do celebre jurista José Afonso da Silva exposta na obra “*Do Recurso Extraordinário*”, p. 198, para quem o silêncio do Constituinte Originário acerca do prequestionamento implicou a dispensa do recorrente de demonstrá-lo. Foi acompanhado nesse entendimento por juristas do escol de Ponte de Miranda e Pedro Batista Martins robustecendo, assim, tal linha doutrinária.

Outro jurista em que Galeno Lacerda alicerça seu parecer para fundamentar a inconstitucionalidade do prequestionamento foi Hubert Vernon Nowill, para quem a ausência de prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores seria absolutamente irrelevante, uma vez que as questões constitucionais teriam sido abordadas implicitamente, uma vez que é o fundamento mediato de todas as decisões.

Por fim, o insigne jurista gaúcho arremata com a lição de Pontes de Miranda¹¹, que leciona em obra comentada à Constituição de 1946 que a exigência explícita do prequestionamento pela parte seria absolutamente despicienda.

Comentando esse dispositivo, escreveu Pontes de Miranda:

É preciso que se haja questionado, ainda que nos últimos momentos do julgamento, sobre a validade, em que se haja levantado a questão da validade da lei federal? Se se não questionou, não se arguiu a validade, mas, se se deixou de aplicar por não ter validade, cabe ao recurso extraordinário? Sim, porque, desde que se invocou lei e o julgamento foi contrário à sua validade em face da Constituição, os próprios Juízes transformaram a invocação em controvérsia, em questão. Não se lhes

10 LACERDA, Galeno. *Criticas ao Prequestionamento*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 87, v.758, dez. 1998.

11 LACERDA, Galeno, apud Pontes de Miranda *Comentários à Constituição de 1946*, II/263, n. 34.

nega a decretação de inconstitucionalidade de ofício, de modo que, decretando-a, está composto o requisito [...]. Há quem pense ter havido a discussão, a controvérsia renhida, a argumentação contra e a favor, para que se satisfaça a exigência do texto constitucional, verbis: 'Quando se questionar sobre a validade da lei federal'. Ora, podem ocorrer de três espécies: A) A parte invocou lei federal (invocação explícita ou implícita, não importa) e a outra implícita ou explicitamente a reputou por não-válida como lei, ou pela incidência que se sustenta. B) A parte não articulou contra a validade da lei federal, mas ato judicial trouxe-a à baila e houve discussão, ou, pelo menos, não-concordância da outra parte, ou da que fez o pedido, com o julgamento pela negativa de aplicação. C) O recurso extraordinário é interposto exatamente da decisão que, sem se ter falado em não-validade, a proclamou. É o caso extremo, porque não houve oportunidade para a manifestação da disputa. A despeito das expressões 'quando se questionar sobre a validade de lei federal', o recurso extraordinário tem de ser admitido em qualquer dos três casos, tanto mais quanto, se compararmos os textos de 1891, 1934, 1937 e 1946, facilmente ressalta que os legisladores constituintes de todos os quatro momentos nunca exigiram o ter-se questionado e sim, tão-só, questionar-se" (Comentários à Constituição de 1946, II/263, n. 34).

Por fim, quanto à previsão das Súmulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal¹² o renomado jurista gaúcho fundamenta seu raciocínio quanto à sua inaplicabilidade baseado na premissa de que referidas sumulas foram editadas na vigência da Constituição de 1946, onde havia menção expressa no texto constitucional ao vocábulo "questionar". Ocorre que, considerando que a partir da Constituição de 1967 referido vocábulo não mais foi incluído nos textos subseqüentes, as mesmas não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1967 e subseqüentes.

3 DAS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE PREQUESTIONAMENTO

Considerando o panorama geral acerca da evolução constitucional do prequestionamento traçada anteriormente, analisaremos neste capítulo com mais rigor as diferentes concepções sobre o termo

12 Sumula 282: ("é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada")

Sumula 317 ("são improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior em que se verificou a omissão")

Sumula 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")

prequestionamento, concebidas pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.1 RESPONSABILIDADE PELO PREQUESTIONAMENTO

A concepção inicial de prequestionamento nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 até a Constituição de 1946 atribuiu à parte a responsabilidade de questionar, na instância local, a lei federal ou questão constitucional que entende por violada, a fim de levá-la ao Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que se tratava de atribuição *exclusiva da parte*, sob pena de não conhecimento do Recurso Extraordinário pela Suprema Corte.

A Constituição de 1891, como primeira a tratar do tema assim como a de 1934 e 1937, previa expressamente que o Recurso Extraordinário somente teria cabimento caso a validade de tratados e leis federais fosse questionada e, simultaneamente a decisão emanada do tribunal *a quo* fosse contrária a esse tratado ou lei federal.

Portanto, é inequívoco que nas primeiras constituições brasileiras as partes tinham o papel de protagonistas principais para o fim de “questionar” nas instâncias inferiores o dispositivo legal ou constitucional, de forma que o tribunal pudesse se manifestar a respeito.

Quanto a este aspecto, oportuno a transcrição de trecho da obra de MEDINA¹³

As manifestações mais antigas, a respeito, usam a expressão como manifestação das partes a respeito da questão. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. Aludia-se então que incorrendo o prequestionamento – então concebido como o questionamento realizado pelas partes – determinar-se-ia o não conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional na instância inferior.

Posteriormente, a partir da Constituição de 1946, a questão central acerca do prequestionamento se descolou da necessidade de uma prévia manifestação das partes acerca da questão federal ou constitucional e passou a ser focada principalmente no conteúdo da *decisão recorrida*. De

¹³ Idem, p.

acordo com a jurisprudência que se delineava naquela época, o recurso extraordinário seria cabível *desde que a decisão recorrida tivesse abordado expressamente a questão federal ou constitucional controvertida, ainda que as partes não tivessem postulado a questão nas instâncias ordinárias.*

Esse é o tema da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, editada na vigência da Constituição de 1946.

Referido entendimento, conquanto com existam divergências entre algumas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, é o predominante na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores.

Uma terceira corrente combinando as duas anteriores concebe como prequestionada determinada questão com a cumulação dos dois requisitos anteriores: (i) prévia provocação e debate pelas partes da questão federal/constitucional nas instâncias inferiores e (ii) a manifestação expressa do tribunal a quo a respeito da questão. *Portanto, para esta concepção, torna-se imprescindível o debate prévio das partes previamente à manifestação do tribunal.*

3.2 PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO E IMPLÍCITO

Outra classificação inicialmente bastante discutida pela doutrina e pela jurisprudência mas que hoje encontra-se praticamente superada, conquanto ainda possam ser encontrados julgados esparsos do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, diz respeito à *imprescindibilidade da menção expressa aos dispositivos legais alegadamente violados, inicialmente pelas partes nas instâncias inferiores e pelo órgão colegiado em seu pronunciamento.* Essa concepção passou a ser conhecida na doutrina como “*prequestionamento explícito*”.

Tal concepção viveu durante todas as Constituições, tendo do seu bojo se originado as Súmulas 282, 317 e 356 do Supremo Tribunal Federal, súmulas estas surgidas durante a vigência da Constituição de 1946. Ainda nos primeiros anos da Constituição de 1988, as primeiras súmulas do Superior Tribunal de Justiça, tais como as Súmulas 98, 211 e 320, também reiteravam a necessidade de menção expressa, pela parte recorrente aos dispositivos constitucionais violados.

A esse respeito, transcrevemos trecho da obra de MANCUSO¹⁴, que discorre com notável proficiência sobre o tema:

Na vigência da CF precedente, porém caudalosa jurisprudência exigia um prequestionamento “expresso, claro, indubitoso” (RTJ 99/1189) e inequívoco” (DJU 14.09.1984, p. 14.920, 1ª col., ementa), tendo mesmo

14 Idem. p. 282.

sido emitidas as súmulas antes citadas. Mas já o Min. Sidney Sanches, do STF, oferecia um alvitre, anotando ser irrelevante que no acórdão não se tenha feito expressa referência a esse dispositivo legal. Importa, isto sim, que a *quaestio iuris* da equiparação fora cogitada na sentença reavivada no apelo e o acórdão recorrido a enfrentou (RT 594/234).

Em nota de rodapé, o mencionado autor¹⁵, traz manifestações em que Ministros do Superior Tribunal de Justiça defendiam a necessidade do prequestionamento explícito:

[...] Aliter, insistindo na necessidade de os advogados examinarem “cuidadosamente a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação”: rel. Min Adhemar Maciel AI 498/RS, STJ, 1ª Seção, despacho denegatório de seguimento de recurso especial, DJU, 09.11.1989, p.16.855. Também, nesse sentido mais restritivo, Hugo Mosca dá notícia de que já colheu no STJ “manifestações dos Mins. Pádua Ribeiro, William Patterson, Waldemar Zveiter, Claudio Campos e Torreão Brás de que o prequestionamento amplo, explícito é uma exigência válida e irretorquível, para o sufrágio de um recuso especial” (O recurso especial e seus pressupostos, Brasília: Ideal, 1989, p.70).

A exigência do prequestionamento explícito, qual seja, a necessidade de menção expressa aos dispositivos legais violados passou, transcorridos alguns anos após a promulgação da Constituição de 1988, a ser mitigada, por seu excessivo apego ao formalismo.

Como corolário, a jurisprudência passou a dar nova interpretação à Súmula 282 do STF, antes tida como vetor de defesa do prequestionamento explícito, para defender o entendimento de que mais importante que a menção expressa ao dispositivo legal *seria o fato de a questão de direito federal tivesse sido discutida na decisão recorrida*.

Digno de nota o trecho da obra de MANCUSO¹⁶ que, respaldado no entendimento do insigne jurista Athos Gusmão Carneiro, assim sintetiza o novo entendimento que se formava no Superior Tribunal de Justiça:

Nessa linha *moderada*, que, como dissemos, nos parece o melhor caminho a seguir, há diversas decisões do STJ, conforme noticia o Min. Athos Gusmão Carneiro: “A orientação firmada no Superior Tribunal de

15 DELGADO, op cit., p. 283. O recurso especial e seus pressupostos, Brasília: Ideal, 1989. p.70.

16 Idem, p. 284.

Justiça, em Sessão Plenária, foi no sentido de que o prequestionamento implícito ‘consiste na apreciação pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento *implícito*. São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada’ (Corte Especial, REsp 155.621, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., DJU 02.06.1999).”Prossegue o Min. Gusmão Carneiro: Do EREsp 166.147, de que foi relator o Min. Eduardo Ribeiro, j. 15.12.1999, constou haver a Corte decidido, à unanimidade, que não há necessidade de menção explícita, no acórdão recorrido, do dispositivo legal dito contrariado, sendo suficiente haja sido debatida a questão jurídica para que se considere atendido o requisito do prequestionamento (precedente então citados: REsp 144.844, DJU 18.10.1999; REsp 155.321, DJU 04.10.1999; REsp 153.983, DJU 14.12.1998).

Cumprе ressaltar que tal distinção vem caindo em desuso, sendo objeto de severas críticas pela doutrina. Nesse sentido, transcrevemos trecho da obra de Fredie Didier Jr.¹⁷ que, fazendo menção à doutrina de Nelson Nery, assevera:

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 o Supremo Tribunal Federal. Se essa situação ocorre, indubiosamente haverá prequestionamento e em relação a esse ponto, o recurso extraordinário eventualmente interposto deverá ser examinado.

No mesmo sentido, encontramos o entendimento de João Francisco Naves da Fonseca¹⁸ que assim se manifesta em sua recente obra sobre o tema:

Não obstante as divergências apresentadas, é preciso ter em mente que, visando os recursos extraordinário e especial a corrigir decisões que tenham contrariado o ordenamento jurídico, essa violação deve constar no acórdão recorrido. Pouco importa se o tribunal a quo tratou da matéria jurídica por provocação da parte ou por iniciativa própria (ex

17 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2012. p. 276.

18 NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56-57.

officio). Já no que tange à caracterização do prequestionamento, deve ser afastada a exigência de que a decisão impugnada tenha expressamente mencionados os dispositivos constitucionais ou legais referentes às questões jurídicas que a parte tenciona discutir na instância da superposição. *Imprescindível para os objetivos do recurso de direito estrito é que o tribunal de origem tenha tratado da quaestio iuris impugnada, e não que ele tenha se referido a determinado artigo de lei.* (grifo nosso)

Dessa forma, considerando que a jurisprudência se posicionou no sentido de considerar prequestionado o tema desde que a questão tenha sido ventilada pelo Tribunal, não há mais que se falar em prequestionamento explícito, uma vez que despicienda a necessidade de menção expressa ao dispositivo legal violado.

Nesse sentido, DIDIER¹⁹, mais adiante, conclui:

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”²⁰. 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.

3.3 DO PREQUESTIONAMENTO FICTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREQUESTIONADORES

Conforme anteriormente explanado, o prequestionamento implícito foi a concepção adotada pela jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, considera-se prequestionada a matéria federal ou constitucional desde que esta tenha sido ventilada pelo acórdão recorrido, sendo despicienda a necessidade de menção expressa ao dispositivo legal, concepção esta conhecida como “prequestionamento explícito”.

Ocorre que na prática forense o operador do Direito se deparava com uma questão sempre recorrente: A questão federal ou constitucional,

19 Idem, p. 276.

20 ARAGÃO, Egas Moniz de. Prequestionamento. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 328, p.43.

conquanto tivesse sido intensamente debatida pelas partes, não fora enfrentada pelo acórdão recorrido. Qual a solução aplicável ao caso?

A doutrina e a jurisprudência admitem nessas situações a interposição dos chamados embargos de declaração “*prequestionadores*”, a fim de exigir que o tribunal se manifestasse expressamente sobre a questão federal ou constitucional²¹, sob pena de não restar preenchido o requisito do prequestionamento.

Quanto a este aspecto, nunca houve grandes divergências na doutrina e na jurisprudência, uma vez que os embargos de declaração seriam a alternativa jurídica lógica para o problema.

Controvérsia surge após a interposição dos referidos embargos: as partes interpõem embargos declaratórios prequestionadores, alegando omissão no acórdão embargado com base no artigo 535, II do CPC. Ao se manifestar sobre os embargos, o órgão prolator do acórdão entende inexistir a referida omissão, deixando de se manifestar sobre a questão federal ou constitucional acerca da qual as partes requereram a manifestação daquele sodalício. Ou seja, mesmo após interpostos os embargos prequestionadores, há a persistência da omissão. Qual a solução jurídica a ser adotada nesse caso?

Para parte da doutrina, forte na concepção do prequestionamento implícito, na qual se assentam os nossos tribunais superiores, *não teria havido prequestionamento*, uma vez que partindo da premissa de ser imprescindível a manifestação do tribunal sobre a questão federal ou constitucional na decisão recorrida, e este não o fez, ainda que instado na via dos declaratórios, a mera interposição do recurso especial ou extraordinário sobre a matéria de fundo implicará o seu não conhecimento por falta de prequestionamento²².

21 Segundo Luis Eduardo Simardi Fernandes: O que importa, e é indispensável, é que essa questão venha tratada na decisão, pois, caso contrário, o requisito do prequestionamento, cuja exigência pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça encontra suporte constitucional, não estará atendido e o recurso interposto, especial ou extraordinário, não será sequer conhecido.”

Todavia, parte que levantou a questão federal ou constitucional em momento oportuno, debatendo-a e pedindo que sobre ela o órgão julgador se pronunciasse, não pode ficar desprotegida diante da omissão desse órgão no julgamento da matéria, que impedirá a admissão dos recursos extraordinário e especial.” SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. *Embargos de Declaração: Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.255.

22 Nesse sentido Simardi Fernandes: “Os embargos “prequestionadores”, uma vez rejeitados, não terão cumprido o papel que lhes fora destinado, pois falharam na missão de provocar a manifestação sobre a questão federal ou constitucional omitida. Servirão, isto sim, para demonstrar o empenho da parte em obter a satisfação do requisito do prequestionamento, mas não serão suficientes para preencher essa exigência. Nesse contexto, deixando o aresto de enfrentar a matéria federal ou constitucional e rejeitados os embargos declaratórios opostos com o intuito de sanar essa omissão, entendemos que o recurso especial ou extraordinário que vier a ser interposto sob alegação de violação a lei federal ou constitucional, não apreciada pelo órgão aquo, não deve mesmo ser conhecido, pois desatendido o indispensável prequestionamento.” op. cit, p.269-270.

A alternativa vislumbrada por tal parte da doutrina seria a interposição de recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, 'a', da Constituição Federal, em razão da violação do artigo 535, II do CPC²³ para que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciarem o recurso, reconhecessem a omissão para que o Tribunal *a quo* cumpra o seu papel e se manifeste sobre as questões federal e constitucional que padecem de omissão.²⁴

Tal entendimento, com a devida vênia aos defensores de tal raciocínio, do escol de Nelson Nery Jr²⁵, Araken de Assis e Cássio Scarpinella Bueno, conquanto se revele tecnicamente correta tal concepção em consonância com a Súmula 211 do STJ, a nossa ver afronta o princípio da celeridade processual, uma vez que, considerando o desumano volume de processos julgados pelos tribunais superiores, seriam necessárias duas remessas: uma para que sejam julgados os embargos de declaração, com a baixa para o tribunal *a quo* que, manifestando-se sobre a questão federal ou constitucional, provavelmente ensejará nova interposição de recurso especial ou extraordinário.

Divergindo do entendimento acima, encontramos outra parte da doutrina que entende que o recorrente não pode ser penalizado pela ausência de manifestação do tribunal em suprir a omissão. Atribuir

23 Segundo Cássio Scarpinella Bueno o recurso extraordinário deve ser interposto por violação ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

24 Nesse sentido Simardi Fernandes apud Cassio Scarpinella Bueno (Prequestionamento – Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ, p. 57): “Mesmo tendo oposto os embargos de declaração o recorrente deverá atentar minudentemente ao enfrentamento da questão legal/federal pelo e no acórdão recorrido. Na negativa, e em atenção ao comando da súmula 211 do , STJ dever;a interpor, em primeiro lugar, recurso especial com fundamento na contrariedade ao art. 535, I ou II, do CPC. Só depois, diante de eventual decisão favorável do Superior Tribunal de Justiça acerca da violação daquele dispositivo da lei processual civil – declaração, pois do error in procedendo praticado no julgamento dos embargos declaratórios pela instância a quo -, é que terá cabida a interposição do recurso especial para tratar daverdadeira questão legal/federal sobre a qual sua ação diz respeito (‘questão de fundo’ parece ser um título adequado para designá-la)”.

25 Nesse sentido, Simardi Fernandes apud Nelson Nery Jr.: Ainda sobre o prequestionamento - os embargos de declaração prequestionadores, p. 861 – “Vendo que o tribunal está irredutível, não reconhecendo a existência do vício, compete à parte ou interessado interpor recurso especial por negativa de vigência de lei federal. Isto porque, ao deixar de suprir a omissão, negando provimento aos EDcl, o tribunal negou vigência ao CPC535. Cumpre ao interessado, portanto, interpor REsp com fundamento na CF105,III,a, pedindo ao STJ que dê provimento ao REsp para cassar o acórdão que se houve com omissão. Cassado o acórdão, os autos deverão retornar ao tribunal de origem para que sejam julgados, pelo mérito, os EDcl, vale dizer, para que o tribunal, suprimindo a omissão, decida a questão federal ou constitucional. Decidindo o tribunal, a questão federal e/ou constitucional, por meio dos EDcl, aí sim caberão novos recursos excepcionais (RE e/ou REsp), quanto à matéria efetivamente decidida pelo tribunal, nos EDcl. Na realidade, são dois os trabalhos, com dispêndio de tempo, dinheiro e atividade jurisdicional, mas o sistema constitucional assim o determina: não pode o STF ou STJ, em sede de recurso excepcional (RE e/ou REsp), decidir matéria pela primeira vez, que não fora decidida anteriormente pelas instâncias ordinárias.

ao recorrente o ônus de interpor recurso especial ou extraordinário, primeiramente para aguardar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal para que este reconheça a existência da omissão e, novamente, aguardar a baixa dos autos para que o tribunal *a quo*, novamente se manifeste sobre a matéria de fundo implica, além de uma penalidade ao mesmo, uma violação ao princípio constitucional da celeridade processual.²⁶

Este é o entendimento trilhado majoritariamente pelas turmas do Supremo Tribunal Federal. Referência de tal entendimento foi o voto proferido pelo Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar o Recurso Extraordinário 210.638-1/SP, o qual se encontra assim ementado:

EMENTA: I. RE: Prequestionamento: Súmula 356 – O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.

[...]

No referido aresto, na senda da corrente doutrinária acima mencionada, o Supremo Tribunal Federal manifestou seu entendimento no sentido de que não há que se confundir a ausência de manifestação da turma julgadora do tribunal *a quo* acerca da omissão mencionada, com o conteúdo da Súmula 356 da mesma Corte.

O que a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal preconiza é que se a matéria federal ou constitucional não foi objeto dos embargos de declaração, obviamente não poderá ser objeto de análise pelo tribunal, uma vez que a parte não o fez no momento processual adequado.

O que há de inovador no referido acórdão é o fato de que a Suprema Corte não deixou ao recorrente a via crucis de interpor dois recursos

26 Nesse sentido, Simardi Fernandes (op. cit., p. 276) cita entendimento de Clito Fornaciari Jr.: “Entendimento diferente daquele defendido pelos autores acima citados é sustentado por Clito Fornaciari Jr. Acredita ele que a parte, ao opor embargos de declaração “prequestionadores”, faz o que está ao seu alcance, e satisfaz o requisito do prequestionamento. Levantada a matéria pelo embargante, “se o tribunal examinou ou não é problema dele e o recorrente não tem como interferir nisso”.

especiais ou extraordinários a fim de ver reconhecida a omissão²⁷, reconhecendo que o excessivo apego ao formalismo, associado ao congestionamento do Poder Judiciário, levaria a um amesquinamento do princípio da celeridade processual, tão valorizado nos dias de hoje.²⁸

Tal concepção passou a ser denominada pela doutrina processualista de “*prequestionamento ficto*”, ou seja, o prequestionamento é ficticiamente admitido como tendo existido, ainda que o tribunal *a quo* não tenha suprido a omissão.²⁹

Importante lembrar que tal conceituação encontra sua razão de existir, uma vez que a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, aliada à Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça são absolutamente fiéis à tese do prequestionamento implícito: somente haverá de ser considerada prequestionada a questão federal ou constitucional desde que ventilada na decisão recorrida. No caso em questão, discute-se a interposição de embargos de declaração em face da decisão do tribunal *a quo* que se omitiu quanto à questão federal ou constitucional. A persistência da omissão ao julgar os declaratórios efetivamente não tornará o tema como prequestionado. Como corolário lógico desse raciocínio, a interposição de recurso especial ou extraordinário levará consigo o vício da falta de prequestionamento.

27 Nesse sentido, transcrevemos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE 210.638-1: “Quanto à preliminar de nulidade do acórdão que rejeitou os embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta a *contrário sensu*, da súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.

28 O Exmo Ministro Sepúlveda Pertence em outro trecho de seu voto se manifesta: “A teor da súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208 639, Inf. STF 78). Estou, porém, data vênua, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito e formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos.

29 Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (op.cit. p.277) em favor do prequestionamento ficto: “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 recalitrância 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.

Nesse sentido, inevitável admitir que a Suprema Corte fez vistas grossas às súmulas 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça a fim de homenagear a efetividade do processo. Contudo, tal concepção fez com que persistisse a controvérsia sobre o tema, razão pela qual o tema ainda atormenta os operadores do direito.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça, fiel à Súmula 211 daquele Tribunal Superior, para quem, instado a suprir a omissão na via dos embargos declaratórios e ao julgar os referidos embargos, entende que a omissão não terá sido suprida, e por conseguinte, não teria havido prequestionamento, uma vez que a questão federal não terá sido ventilada no acórdão que julgou os embargos de declaração, de forma que não há que se falar em prequestionamento³⁰.

Em suma, conquanto parte da doutrina chancele a posição do Supremo Tribunal Federal como sendo a mais razoável dentro dos parâmetros do princípio da efetividade e celeridade do processo, a existência de entendimento divergente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça coloca o operador do direito diante de um dilema jurídico, ao ter que interpor simultaneamente recurso especial e extraordinário, sendo que cada uma das cortes possui concepções distintas de prequestionamento.

4 DAS SÚMULAS DO STF ACERCA DO PREQUESTIONAMENTO

Um estudo sobre o prequestionamento passa obrigatoriamente pela análise das súmulas do Supremo Tribunal Federal. Devido à limitação de espaço, não adentraremos no estudo das súmulas do Superior Tribunal de Justiça.

Conquanto o princípio da Legalidade seja princípio basilar insculpido na Constituição Federal, as súmulas vêm adquirindo importância crescente no direito pátrio, haja vista as modificações constantes havidas no Código de Processo Civil, que valorizam cada vez mais o entendimento sumulado dos tribunais, dando poderes aos relatores, inclusive, de negar seguimento ou negar provimento recursos, monocraticamente, com base nas mesmas, sem falar na súmula vinculante, surgida no bojo da Emenda Constitucional 45/2004, com seu efeito vinculante.

Numa primeira análise poder-se-ia dizer: Não estaríamos diante de uma afronta ao princípio da Legalidade, uma vez que a própria Carta

³⁰ Fredie Didier (op.cit. p.277) discorre sobre o assunto, como segue: “Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, consagrada no enunciado 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.”

Magna, em seu artigo 59, coloca a lei em patamar superior ao das súmulas dos tribunais?

A doutrina diverge quanto ao tema. Conquanto haja entendimento de respeitáveis juristas de que a súmula não pode ter o mesmo status de lei³¹, em razão do “déficit democrático” do Poder Judiciário, vem ganhando corpo a concepção de que, ao adotar uma súmula como fundamento de uma decisão judicial, não se está a desprezar a lei, mas sim a interpretá-la.

Isto porque a lei é um instrumento que somente terá utilidade a partir de uma interpretação, de forma que pode se ensejar um sem número de interpretações por parte dos operadores do direito. As súmulas nada mais são do que uma reiteração das interpretações da lei feita pelos tribunais num determinando sentido, de forma que a subsunção do enunciado de uma súmula a um caso concreto seria uma interpretação por via indireta da lei.³²

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, até a promulgação da Constituição de 1988 acumulou as funções de julgamento da matéria federal e constitucional, as súmulas referentes ao prequestionamento editadas pela Suprema Corte, como as Súmulas 282 e 356, passaram a ser aplicadas pelo Superior Tribunal de Justiça nos primeiros anos após a sua criação. Não é demais lembrar que o recurso especial era entendido como um “recurso extraordinário” julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 282 foi a primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do prequestionamento. Seu teor diz: “*É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.*”

Referida súmula foi editada em 16.12.1963, portanto na vigência da Constituição de 1946.

Tal entendimento baseou-se na interpretação do artigo 101, III, *a* e *b* da Constituição de 1946 .

31 MANCUSO, em trecho da obra “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98”, p. 526-527, admite que conquanto seja inegável o papel da súmula na elaboração das decisões judiciais entende o referido jurista que esta não pode ser o único fundamento de uma decisão, que deve estar sempre fundamentada em lei. Isto porque o dinamismo das relações sociais podem forjar novas interpretações para o mesmo diploma legal. Prova disso são os comuns cancelamentos de súmulas por parte do Superior Tribunal de Justiça.

32 MEDINA, em sua obra (op. cit. p. 242) defende o papel representado pelas súmulas atualmente, conforme segue: “A lei e a súmula não se encontram num mesmo plano. Na verdade, a súmula deve se subordinar à lei. O que ocorre é que a norma jurídica, geral e abstrata pode dar ensejo ao surgimento de duas ou mais interpretações diversas, sobre um mesmo assunto. A súmula, assim desempenha função importantíssima, pois registra qual interpretação da norma seria a correta, que, uma vez revelada, irá instruir julgamentos posteriores sobre o mesmo tema.”

Conforme já explanado, o entendimento predominante à época era o de que somente poderia ter-se determinado tema como prequestionado quando cumulativamente estivessem presentes os seguintes requisitos: (i) as partes tivessem levantado a questão federal ou constitucional nas instâncias inferiores e (ii) manifestação por parte da decisão recorrida acerca do tema questionado³³.

Numa primeira análise poderíamos indagar: não estaria a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal superada com a nova Carta Magna, haja vista o transcurso de 50 anos de sua edição?

A resposta, no entanto, é negativa. Conquanto o texto da Constituição de 1988 não preveja o levantamento da questão federal ou constitucional pelas partes nas instâncias inferiores, tal exigência é constantemente feita nos Tribunais Superiores.

Como já apontado no capítulo que discorre sobre os tipos de prequestionamento, não se pode afirmar com segurança que os tribunais superiores adotam a concepção do prequestionamento implícito. Isto porque, observa-se, principalmente no Superior Tribunal de Justiça, composto de 33 ministros, uma constante mutação na composição das turmas, com a presença, inclusive de desembargadores convocados, o que atribui maior fluidez nos posicionamentos destas, de forma que o máximo que se pode se afirmar é a existência de um posicionamento predominante naquela Corte.³⁴

33 Digno de nota o voto do Exmo. Ministro Victor Nunes Leal, relator do RE 42.662-SP, DJ 26.10.1961, um dos julgados que serviu para a edição da Súmula 282 do STF. Tratava-se de ação indenizatória de acidente do trabalho em que a sentença permaneceu omissa sobre a inclusão da multa do artigo 102 do DL 7036/44. Conquanto levantado pelas partes o Tribunal de Justiça de São Paulo tampouco se manifestou sobre a questão. A parte levantou a questão no Recurso Extraordinário, que foi improvido. O Min. Victor Nunes Leal assim se manifestou no seu voto: "Não conheço do recurso. Nenhuma palavra existe, seja na sentença de primeira instância, seja no acórdão recorrido, sobre a exclusão da multa questionada. Se essa exclusão foi intencional, não se conhecem os motivos, porque a parte interessada não opôs embargos declaratórios na ocasião própria." No julgado do RE 48.815, DJ 30.11.1961, que também serviu de fundamento para a edição da Súmula 282, trata de ação de despejo em que o STF afirma que a sentença recorrida não demonstrou que o recorrido possuía outros imóveis comerciais, aspecto que o recorrente também não prequestionar no tal ponto julgamento do agravo. "A sentença confirmada não comprova ter a recorrida outros prédios próprios usados para fins comerciais. E, quanto ao agravo nos autos do processo, caberia ao recorrente opor embargos declaratórios para sua apreciação, o que não o fez. A matéria não foi, pois, prequestionada."

34 MEDINA (op. cit. p. 247) aponta que tais concepções não são pacíficas nos tribunais superiores como se poderia imaginar. "Atualmente, não obstante a Constituição Federal de 1988 não ter feito qualquer referência àquela anterior manifestação das partes, a jurisprudência mais recente não tem descuidado do fenômeno. Nesse sentido, o STJ assim se manifestou, em decisão relatada pelo Min. Garcia Vieira: Na apelação, não se insurgiu contra a fixação dos honorários, portanto, não examinada pelo Tribunal de origem. O recorrente não prequestionou a matéria. Essa orientação também tem sido acolhida por outros Tribunais: "Inexiste a alegada omissão, por falta de prequestionamento, uma vez que nas razões de apelo não se tratou de questão relativa à prova do não repasse do encargo financeiro da exação para garantir às empresas o direito à restituição. Semelhantemente, o STF decidiu que "os embargos de declaração não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não avertada anteriormente".

Portanto, pode-se afirmar apenas numa predominância de determinada concepção de prequestionamento em relação a outra. Tal fluidez na interpretação, portanto, contribui para agravar ainda mais a incerteza entre aqueles que desejam ver seus pleitos apreciados pelas Cortes Superiores, o que contribui, certamente, para uma suspeita de tratamento casuístico por parte dos Tribunais Superiores.

4.2 DA SÚMULA 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Súmula 356 foi publicada em 16.12.1963, mesmo dia da Súmula 282 e dispõe que: “*O ponto omissis da decisão sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por falta de prequestionamento.*”

Referida súmula ensejou fervorosos debates na doutrina e na jurisprudência, no que tange a sua interpretação, levando, inclusive, a entendimentos distintos por partes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência da Suprema Corte concebe o prequestionamento como um *ônus* para as partes, o que estaria alinhado com a redação da Súmula 356, uma vez que a não interposição dos embargos declaratórios levaria ao não conhecimento do recurso.

Questão polêmica surgiu com o desdobramento seguinte: Se o prequestionamento é um *ônus* para a parte e esta interpõe embargos declaratórios, ainda que a Corte a quem caiba a sua apreciação não esclare a omissão, estaria a questão prequestionada?

Neste aspecto percebe-se uma grande divergência entre doutrina e jurisprudência. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundado na premissa de que prequestionar é um *ônus*, entende que uma vez interpostos os embargos de declaração pela recorrente estará satisfeito o requisito prequestionamento, independentemente de o órgão prolator do acórdão embargado se manifeste ou não. É o *prequestionamento ficto*.

A doutrina diverge sobre a questão. MEDINA defende o entendimento de que a adoção da tese de prequestionamento ficto pelo Supremo Tribunal Federal seria inconstitucional. Isto porque, tanto o artigo 102, inciso III como o artigo 105, inciso III exigem como pré-requisito para a apreciação da questão a existência de questão constitucional ou federal decidida. Ora, se o recorrente insta o tribunal a se manifestar sobre determinada questão federal ou constitucional e este não o faz, a questão, por óbvio, não se encontra decidida e, portanto, não se encontra prequestionada.

Referido jurista vai mais longe, defendendo o entendimento de que a própria Súmula 356 encontra-se violada pela adoção da tese do prequestionamento ficto, uma vez que a literalidade da súmula dispõe que o recurso extraordinário será incabível se, ainda que opostos embargos declaratórios, o tribunal não se manifestou sobre a questão constitucional ou federal³⁵. Ou seja, estaríamos diante de uma contradição: Se a própria Súmula 356 afirma que não caberá Recurso Extraordinário em razão de o tribunal não ter se manifestado sobre a questão constitucional, como a mesma Corte poderia considerar prequestionado o tema quando o mesmo tribunal ao julgar os embargos de declaração não se manifestou sobre o ponto omissivo, uma vez que entendeu inexistente a omissão?

Para acrescentar um tom maior de incerteza, o Superior Tribunal de Justiça não acolhe a tese do prequestionamento ficto, conforme demonstrado na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

MEDINA observa em sua primorosa obra acerca da matéria que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal teriam adotado interpretações *contra legem* ao exigirem requisitos que não se encontram previstas na Constituição Federal.

Exemplo disto é a adoção pela Suprema Corte da tese do prequestionamento ficto, quando a Constituição Federal se refere expressamente em *causas decididas* para o cabimento dos recursos especial e extraordinário. Para o renomado jurista, a mera interposição de embargos de declaração ensejaria o conhecimento do recurso, independente da existência ou não de “causas decididas”.

A mesma senda trilhou o Superior Tribunal de Justiça que, ainda que diante da existência de questão federal enfrentada pelo tribunal local, exige a interposição dos embargos de declaração com o fito de *aperfeiçoar o prequestionamento*.

Tais entendimentos divergentes entre as duas mais importantes Cortes Superiores do país levaram por certo a uma perplexidade dentre os operadores do direito que anseiam levar seus pleitos aos Tribunais Superiores.

Como corolário dessa ausência de consenso sobre o tema, a prática forense tem observado uma excessiva interposição de embargos declaratórios por parte dos recorrentes, por questão de reforço, ainda que

35 MEDINA (op. cit. p. 254) entende que: “Caso, não obstante interpostos os embargos de declaração, permaneça omissa a decisão embargada quanto à questão constitucional suscitada, nem por isso deixará de ser cabível recurso extraordinário. Isso porque, segundo pensamos, restarão violados, no caso, pelo menos dois dispositivos constitucionais – o art. 5º, LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes)” e o artigo 93, IX (todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...)-, que decorrem, por sua vez do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV da CF.

a causa tenha sido decidida pelo tribunal *a quo*, o que leva a uma situação kafkiana que se reflete com as multas em razão de embargos protelatórios.

5 DIMENSÃO POLÍTICA DO PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento inegavelmente assume um aspecto político de controle das matérias que devam chegar aos Tribunais Superiores, dimensão esta passível de críticas por afronta o artigo 93, inciso IX, que trata da motivação das decisões judiciais.

É inegável que a sobrecarga de processos a que foram submetidas as Cortes Superiores, transformando-as em uma verdadeira “3ª instância” ou triplo grau de jurisdição exigem medidas para que referidos tribunais exerçam seu mister constitucional.

Como já explanado anteriormente, as diversas modificações legislativas realizadas ao longo das ultimas duas décadas no Código de Processo Civil e da Constituição Federal tem instituído diversos filtros às instâncias superiores, sem, contudo, desrespeitar princípios caros à sociedade como o do acesso à Justiça.

O que se observa, no que tange ao prequestionamento, conquanto encontre fundamento constitucional na expressão *causas decididas* é que em razão das concepções particulares de cada uma das turmas, a interpretação acerca de quando determinada matéria se considera prequestionada, flutua de acordo com os entendimento particular do relator.

Nesse sentido, MANCUSO³⁶, observa em sua obra que “Na experiência brasileira, porém, ante a notória sobrecarga de processos que em modo crescente foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra função – não admitida às expressas,mas ocorrente na prática judiciária – passou a ser desempenhada pela exigência do prequestionamento, qual seja, a de operar como filtro, *elemento de contenção*, ou ao menos regulador do volume excessivo de recursos dirigidos ao STF e ao STJ.”

AZZONI³⁷, trilha a mesma senda ao apontar que “A incerteza e a instabilidade sobre o conceito e características do instituto permitem que ele seja empregado como uma *válvula de escape* para que os Tribunais Superiores deixem de apreciar o mérito dos recursos excepcionais, em inúmeras oportunidades. Assume, indiretamente,

36 MANCUSO, op. cit., p. 276

37 AZZONI, op. cit., p. 67

a função de filtro dos assuntos que serão objeto de apreciação pelos Tribunais de Superposição.”

Referida dimensão política do prequestionamento pode ser comprovada pelo fato de que em diversas situações o requisito do prequestionamento é mitigado em função da natureza da questão levada a juízo.

Em julgado citado por AZZONI em sua obra, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 375011, da relatoria da Min. Ellen Gracie, foi relativizada a exigência do prequestionamento tendo em vista a relevância da questão sub-judice, como no caso em comento, em que discutia a inconstitucionalidade de lei municipal que concedia reajuste de vencimentos aos servidores do Município de Porto Alegre³⁸. Menciona, também julgados do Superior Tribunal de Justiça em que é mitigado o disposto na Súmula 211 daquela Corte.

A exegese do AgRg no AI 375011 mostra a relação de proporcionalidade feita pela Ministra Relatora no caso concreto: levar à risca a ausência de prequestionamento tendo como corolário um mesmo diploma legal ser constitucional para alguns cidadãos e inconstitucional para outros ou relativizar a sua exigência em função da relevância da questão?

Não podemos voltar as costas para tais questões e no nosso entendimento a segurança jurídica e as manifestações da Suprema Corte devem prevalecer ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha entendido que a matéria não estivesse prequestionada, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

38 A Ministra Ellen Gracie, ao prover o agravo regimental, admite o prequestionamento como pressuposto específico do recurso extraordinário: “A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. Foi o que decidiu a Primeira Turma desta Corte no julgamento de caso idêntico ao presente: AI 383.617-AgR, rel Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/09/2002.” A Ministra, no entanto, no parágrafo seguinte pondera:

“Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas. Ao votar, na Primeira Turma no RE 222.874-AgR-ED, de que fui relatora, expressei-me da seguinte forma:

[...]

E, mais à frente a Ministra justifica a necessidade de mitigação do prequestionamento:

“Esses julgados, entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento no 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 – proferidas por esta Casa.

Contudo, com tal proceder, os Tribunais Superiores lançam o operador do direito num mar profundo de incertezas, haja vista que em outros inúmeros casos a matéria está perfeitamente prequestionada com a *causa decidida* perfeitamente delineada, mas, no entanto, este é punido com a inadmissão de seu recurso em razão da concepção particular de prequestionamento adotada por aquela turma à qual foi distribuído o recurso.

Tais aspectos corroboram o que vem alvo de severos questionamentos dentre os operadores do direito quanto ao tratamento casuístico dado aos recursos especial e extraordinário, transformando o acesso aos Tribunais Superiores em verdadeira 'loteria'.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho que não teve a pretensão de esgotar a temática do prequestionamento, mas sim trazer algumas reflexões sobre este polêmico tema que, conquanto se diga estar pacificado nos Tribunais Superiores, continua a surpreender os operadores do direito, podem ser extraídas algumas conclusões.

Primeiramente, o prequestionamento integra a sistemática de funcionamento do Estado Federativo, e, portanto, está na essência da Constituição, de forma que atue como um filtro que não transformem o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal num terceiro grau de jurisdição.

Nesse sentido, referidas Cortes devem atuar como guardiões das leis federais e da Constituição Federal, respectivamente, atuando em situações em que as decisões dos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais, no caso da Justiça Federal, afrontem as leis federais ou a Constituição Federal.

O prequestionamento, portanto, não pode ser visto como um óbice ou um instrumento casuístico à disposição dos vice-presidentes dos tribunais *a quo*, a fim de que a admissão dos recursos excepcionais seja inviabilizada.³⁹

39 Nesse sentido, Tereza Wambier: "É equivocada a visão segundo a qual exigências para que sejam admitidos o recurso especial e o recurso extraordinário como a que estamos examinando, como a do prequestionamento, e outras dessa natureza significam, por assim dizer, "óbices" à admissibilidade dos recursos extraordinários. (Wambier, Tereza, "*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*", p. 397).

Mais adiante assinala: "Não se trata, ao contrário do que a muitos parece, de regras "inventadas" com o escopo de limitar o número de recursos extraordinários e recursos especiais que devam ser conhecidos. Trata-se, isto sim de regras que desenham de modo claro os casos em que estes recursos efetivamente cabem e são corolário natural da função que estes desempenham no sistema jurídico positivo brasileiro.

No entanto, conquanto a doutrina não deixe margem a dúvida acerca do papel do prequestionamento para que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal cumpram o seu papel constitucional, necessário ponderar que a má compreensão do tema por parte dos operadores do direito que militam nos tribunais, se deve, também à ausência de uniformização de entendimentos por parte dos Tribunais Superiores a respeito do tema, conforme este trabalho procurou abordar.

Tome-se como exemplo simples o fato do acolhimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do *prequestionamento ficto* defendida pelo Supremo Tribunal Federal, aspecto este responsável por causar problemas diversos àqueles que militam nos Tribunais Superiores. Tome-se como exemplo, a existência, na decisão recorrida, de questão federal e constitucional. A rejeição dos embargos de declaração no tribunal a quo no entendimento do Supremo Tribunal Federal implica ter-se a como prequestionada, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça, a mesma rejeição dos embargos implicará a necessidade de interposição de Recurso Especial com base em violação do artigo 535 do CPC.

Outrossim, mencionou-se nos capítulos anteriores que há turmas tanto no Superior Tribunal de Justiça como no Supremo Tribunal Federal que consideram prequestionada a matéria apenas com a menção expressa ao dispositivo legal ou constitucional violado, ou seja, somente haveria prequestionamento da forma explícita. Por fim, há turmas em ambos os Tribunais Superiores que, conquanto a questão federal ou constitucional tenha sido fartamente discutida na decisão recorrida, a não interposição de embargos declaratórios para “aperfeiçoar” o prequestionamento levará à inadmissão do recurso.

Tal incerteza quanto ao tema gera extrema perplexidade entre os operadores do direito que militam nos Tribunais Superiores.

Medida extremamente salutar seria a uniformização do entendimento em ambos os Tribunais, o que levaria a uma maior segurança quanto ao tema.

Para finalizar o presente trabalho, transcrevemos trecho de texto de Cássio Scarpinella Bueno, que resume em poucas linhas a idéia que quisemos transmitir no presente trabalho:

O que é de ser destacado aqui e agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos

embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão ‘o que é e como se dá o prequestionamento?’ , enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois Tribunais é mais ilusório do que real. É mais *declaração* de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando – e em muito – o conteúdo.⁴⁰

REFERÊNCIAS

AZZONI, Clara Moreira. *Recurso Especial e Extraordinário – Aspectos Gerais e Efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

CORREA E DE SOUZA, Daniel Barbosa. *O prequestionamento no Recurso Especial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

LACERDA, Galeno. Críticas ao Prequestionamento. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v.758, dez. 1998.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel. *O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Prequestionamento e Repercussão Geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos Fatos no Recurso Extraordinário e Especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

40 BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, v.1, p. 23-73, 2003.

SIMARDI FERNANDES, Luis Eduardo. *Embargos de Declaração: Efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. v. 4.

_____; _____. *Aspectos polêmicos e atuais recursos cíveis e assuntos afins*, v. 10, São Paulo: RT, 2006.

RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS: ANÁLISE CRÍTICA

REPETITIVE SPECIAL APPEALS: CRITICAL ANALYSIS

Fernanda Mattar Furtado Suriani
Procuradoria Regional Federal da 3ª Região - SP

SUMÁRIO: Introdução; Histórico; 1 O Superior Tribunal de Justiça; 1.1 Criação dos Recursos Especiais Repetitivos; 2 O Regime dos Recursos Especiais Repetitivos; 2.1 Requisitos para aplicação do regime e escolha do recurso paradigma; 2.2 Da recorribilidade da decisão que suspende o Recurso Especial; 2.3 Da participação de terceiros; 2.4 Do julgamento dos Recursos Repetitivos e seus efeitos; 3 Análise Estatística dos Processos do STJ; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho analisa o direito fundamental da duração razoável do processo e a nova lei do julgamento de recursos múltiplos pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de idêntica questão de direito. Os recursos especiais repetitivos são analisados pelos prismas histórico, estrutural e estatístico.

PALAVRAS-CHAVE: Duração Razoável do Processo. Recursos Repetitivos. Superior Tribunal de Justiça. Direitos Idênticos.

ABSTRACT: The paper analyzes the fundamental right of reasonable duration of the process and the new law of the trial of multiple resources by the Superior Court of Justice in cases of identical question rights. Repetitive special appeals are analyzed by historical, structural and statistical prisms.

KEYWORDS: Reasonable Duration of the Process. Repetitive Appeals. Superior Court of Justice. Identical Rights.

INTRODUÇÃO

O aumento exacerbado de recursos dirigidos aos Tribunais locais, aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal passou a preocupar sobremaneira os operadores do direito, principalmente os Ministros das mais altas cortes do país, que se sentiram impotentes para julgar centenas de milhares de recursos.

A Emenda Constitucional 45/2004, ao abordar a questão sobre a razoável duração do processo, rumou para a concretização do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional. A inclusão do inciso LXXVIII no rol do art. 5º da Constituição Federal elevou a preocupação com a celeridade processual à categoria de direito fundamental. Neste sentido, todas as recentes reformas processuais que objetivaram a inclusão de novos mecanismos, ou alteração daqueles já existentes, passaram a estar calcadas no direito fundamental à celeridade processual e, portanto, ganharam contornos mais expressivos.

O trabalho ora apresentado consiste na investigação dos impactos da Lei 11.672/2008, que prevê o julgamento dos múltiplos Recursos Especiais que possuem idêntica questão de direito (Recursos Especiais repetitivos), na sistemática recursal brasileira bem como na celeridade e na efetividade da prestação jurisdicional no âmbito do STJ.

A Lei dos Recursos Especiais repetitivos almeja consolidar o entendimento do STJ sobre algumas matérias específicas e, ato contínuo, aplicá-lo unificadamente em milhares de recursos especiais que ficaram suspensos nos tribunais de origem. Assim, se pretende tornar o STJ menos congestionado e, provavelmente, mais célere em seus julgamentos, enaltecendo sua função de uniformizar a lei federal.

O objetivo geral do trabalho consiste em aprofundar o estudo sobre o regime dos Recursos Especiais Repetitivos, e a celeridade dos julgamentos do STJ, de modo a perquirir sobre a sua pertinência no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto o trabalho foi dividido em três partes: (1) no primeiro capítulo será examinado o histórico de criação e instauração do STJ e do instituto do Recurso Especial repetitivo; (2) no segundo capítulo será analisado o regime do Recurso Especial repetitivo, dando ênfase (2.1) nos requisitos para aplicação do regime e escolha do recurso paradigma, (2.2) na recorribilidade da decisão que suspende o Recurso Especial, (2.3) na participação de terceiros, e (2.4) no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos e seus efeitos; por fim, no (3) terceiro capítulo será feita uma análise estatística dos processos distribuídos no Superior Tribunal de Justiça no período de 2005 a 2011 a fim de se aferir a efetividade do regime.

1 HISTÓRICO

1.1 O Superior Tribunal de Justiça

A Constituição Federal de 1988 foi um marco no estabelecimento da democracia no Brasil após um longo período de Regime Militar. Na Constituição foram afirmados os direitos e garantias fundamentais, bem como restou estabelecida uma nova estrutura de Estado, organizando seus órgãos e poderes. O Poder Judiciário restou disciplinado nos arts. 92 a 196.

Antes da Constituição de 1988 havia um único Tribunal Superior, que era o Tribunal Federal de Recursos. Este tribunal julgava os recursos extraordinários e tinha como função unificar o entendimento das leis federais, bem como estabelecer a guarda da Constituição.

Com a função tão alargada, ocorreu um grande acúmulo de processos gerando uma crise que culminou, na Constituição de 1988, com a divisão da competência extraordinária em dois tribunais. Foi estabelecida uma corte para julgar exclusivamente questões constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, e outra para julgar questões relativas às leis federais, o Superior Tribunal de Justiça. Assim, ao STF coube a guarda da Constituição e o STJ passou a ter a função de manter a autoridade e a unidade da lei federal. O STJ passou a ser o órgão máximo na uniformização da interpretação de toda legislação federal infraconstitucional.

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha descrevem bem o papel do STJ:

O Superior Tribunal de Justiça mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça. Nesse mister de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere-se uma outra função do STJ: *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 [...].¹

O art. 105 da Constituição regula a competência do Superior Tribunal de Justiça e seu inciso III prevê as hipóteses de julgamento dos recursos especiais, que, como ressaltado por Didier, é o principal mecanismo de uniformização da jurisprudência relativa à legislação federal.

Nos termos da Constituição, o recurso especial terá cabimento nas 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.

Desde 1989, quando o STJ iniciou seu funcionamento, o número de recursos especiais cresceu exponencialmente, e atualmente cerca de 350.000 processos são protocolizados anualmente no Tribunal, segundo dados estatísticos disponíveis no site do STJ.

Como ressalta Vitor Toffoli, o STJ não estava imune “às crises relacionadas ao excesso de demandas, exigindo do legislador contemporâneo medidas enérgicas e provavelmente imprescindíveis à manutenção do funcionamento do Poder Judiciário brasileiro, como a criação do sistema dos recursos especiais repetitivos”.²

1 DIDIER JR. Fredie; CUNHA. Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. p. 302-303.

2 TOFFOLI, Vitor. *Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas*. p. 271.

1.2 Criação dos Recursos Especiais Repetitivos

Vivemos hoje em uma sociedade complexa, com relações jurídicas de massa que influenciam de forma contundente a prestação da tutela jurisdicional dos direitos. O número excessivo de demandas, que muitas vezes discutem questões de direito idênticas e a cultura jurídica do inconformismo, que faz com que haja o uso muitas vezes abusivo dos recursos, abarrotam os Tribunais gerando a chamada crise do Judiciário.

Para cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo, introduzido de forma explícita por meio da EC 45/2004, dando maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, o legislador passou a introduzir em nosso ordenamento uma série de mecanismos a fim de garantir a harmonia entre os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e a razoável duração do processo. Tratam-se das técnicas de uniformização de jurisprudência, isto é, procedimentos voltados à discussão e formalização do entendimento dominante em determinado tribunal, e as técnicas de aceleração procedimental legitimadas a partir desta prévia uniformização, assim denominadas por Fabio Monnerat.³

Essas técnicas têm como ponto fundamental a valorização da jurisprudência, em especial dos Tribunais Superiores, e neste aspecto fazem contato com as instituições do *common law*, tais como o *distinguishing* e o *overruling*, que serão analisadas em momento oportuno.

Apenas a título de exemplificação das referidas técnicas, podemos citar a dispensa de citação com prolação imediata de sentença de total improcedência, prevista no art. 285-A do CPC; o juízo negativo de admissibilidade da apelação em confronto com súmula (art. 518, §1º do CPC), o julgamento monocrático do relator (art. 557 CPC) fulcrado em jurisprudência sumulada, pacificada ou dominante, o regime de aplicação da repercussão geral nos Recursos Extraordinários, etc.

Dentre as técnicas acima referidas encontra-se o regime dos Recursos Especiais repetitivos, que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao CPC.

A gênese da legislação é explicada por Rodrigo Teixeira:

O ponto de partida para a criação da Lei 11.672/2008 foi o encaminhamento ministerial n. 40, oriundo do Ministério da Justiça, formulado em 05.04.2007. Esse encaminhamento ministerial foi apresentado em plenário na Câmara dos Deputados em 30.05.2007, autuado como PL 1.213, de autoria do Poder Executivo. O Poder

³ MONNERAT, Fabio Victor da fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Org., p. 341-490.

Executivo estava sendo representado pelo Min. Tarso Fernando Herz Genro, que, baseado em sugestão do ex-membro do STJ, Min. Athos Gusmão Carneiro, objetivava criar um mecanismo que amenizasse o problema representado pelo excesso de demanda daquele tribunal. Na exposição de motivos do projeto de lei, sustentou-se que sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça fazia-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. O Ministro da Justiça compactuava com a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil (LGL 1973\5) para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade, principalmente no que diz respeito aos recursos processuais e atendendo à propostas e sugestões de várias entidades, tais como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Explicou o Ministro da Justiça que o projeto de lei era inspirado no procedimento previsto na Lei 11.418/2006 que incluiu o art. 543-B ao CPC (LGL 1973\5), no qual se criou um mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no STF. Foi a plenário na Câmara dos Deputados Federais em 30.05.2007 e após ser aprovado em 13.11.2007 pela CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – foi enviado, em 29.11.2007, para o Senado Federal, onde foi autuado PLC 117/2007. Em 09.04.2008, o Plenário do Senado aprova a redação final do projeto, com ressalva e aprovação da Emenda n. 1 da Comissão de Constituição e Justiça, que apenas alterou a redação, sem, contudo, alterar o teor da legislação. Exatos 30 dias após a aprovação no Senado o projeto de lei é transformado em norma jurídica – Lei 11.672/2008 – ao ser sancionada pelo presidente da República, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, 09.05.2008, na página 11, acrescentando o art. 543-C, com 9 parágrafos, ao Código de Processo Civil (LGL 1973\5), estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ.”

Como ensina Vitor Toffoli, “por essa nova sistemática entre os recursos especiais que tratem de idêntica questão de direito serão, no Tribunal de 2º grau, selecionados um ou mais recursos que representarem essa controvérsia, e esses remetidos ao STJ para julgamento, ficando os demais feitos sobrestados na origem, e dentre todos os representativos, o

STJ selecionará aqueles que julgará, formando a partir desses o *leading case*, base de julgamento para todos os demais casos idênticos.”⁴

O regime dos Recursos Especiais repetitivos valoriza os precedentes da corte, gerando maior estabilidade e segurança jurídica, além de conferir maior celeridade na tramitação dos feitos especiais perante o STJ, pois reduz o número de recursos cujo fundamento for idêntica questão de direito, dando-se tratamento coletivizado a demandas individuais.

A finalidade da norma foi, portanto, a de racionalizar o trabalho do STJ, para abrandar a crise, garantir a razoável duração do processo e fortalecer a segurança jurídica, a fim de que o Tribunal possa melhor exercer sua função constitucional de defesa da legislação federal infraconstitucional.

2 O REGIME DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

2.1 Requisitos para aplicação do regime e escolha do recurso paradigma

O procedimento dos Recursos Especiais Repetitivos é estabelecido pelo art. 543-C, do CPC, que foi regulado no âmbito do STJ por meio da Resolução n° 8/2008 STJ.

O *caput* do art. 543-C, do CPC estabelece dois requisitos para a aplicação do regime dos Recursos Especiais repetitivos, a) que haja multiplicidade de recursos, e b) que esses recursos tenham fundamento em idêntica questão de direito.

A lei não estabeleceu um número mínimo de casos a fim de que reste configurado o requisito quantitativo da multiplicidade de recursos, tampouco o fez a Resolução n° 8/2008 STJ. Marco Aurélio Serau Júnior e Silas Mendes dos Reis ao analisar o requisito quantitativo discorrem:

O primeiro aspecto, *quantitativo*, diz respeito à necessidade de a questão de direito repetir-se em número elevado de demandas. Essa avaliação da pletera de recursos especiais acerca de determinada matéria deve considerar os recursos já existentes e, de acordo com informações prestadas pelas instâncias ordinárias, também o número de processos que porventura possam ensejar a interposição de recurso especial. Caso a questão a ser apreciada na superior instância seja singular, quer dizer, não se repita em outros feitos ou isso ocorra apenas em pequena medida, cremos ser o caso de apreciação do

4 TOFFOLI, Vitor. *Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigma*. p. 271.

recurso especial por meio da sistemática processual anterior, em que não se aplica o regime de suspensão ao apelo excepcional.

Cumpra observar que não há necessidade que a repetição das demandas ocorra em âmbito nacional, sendo possível que uma questão local enseje grande número de Recursos Especiais, como por exemplo, para discutir a aplicação de determinada alíquota de imposto estadual.

Quanto ao requisito qualitativo, ou seja, que os recursos tenham “fundamento em idêntica questão de direito”, significa que se trata de demandas em que os fatos não são tão relevantes na causa, e sim as questões de direito. Ademais, considera-se que uma questão de direito é idêntica a outra analisando a causa de pedir recursal.

Neste sentido, afirma Rodrigo Teixeira:

Para tanto utilizamos as mesmas regras da *causa petendi* da petição inicial. A *causa petendi* é representada pelo fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como o fato afirmado pelo recorrente, que torna necessária a atividade jurisdicional em sede recursal. A causa de pedir recursal é o elemento que revela a conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo recorrente e a pretensão pela cassação e/ou reforma por ele deduzida. Pode-se então afirmar que se identifica e individualiza-se uma ação com dados da relação substancial, sendo a *causa petendi* recursal constituída por fatos juridicamente qualificados, identificando como mesma causa quando houver identidade entre o suposto fático descrito em abstrato na norma e aquele relatado concretamente, como, por exemplo, se era ou não devida a cobrança de Imposto de Renda – IR sobre pagamento de benefício de complementação de aposentadoria, decorrente de plano de previdência privada, ocorrido no período de 01.01.1989 a 31.12.1995.

O parágrafo primeiro do art. 543-C, do CPC, estabelece que o presidente do tribunal de origem deverá selecionar um ou mais recursos “representativos da controvérsia” para remessa ao STJ e suspensos os demais recursos especiais até pronunciamento definitivo do STJ. O parágrafo segundo prevê a hipótese na qual o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, determinará a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, caso não tenha sido adotada a providência descrita no parágrafo primeiro. Sobre a recorribilidade da decisão de suspensão trataremos em capítulo próprio.

A Resolução nº 8/2008 STJ regulou essa questão, ampliando a competência para seleção dos recursos a fim de abranger também o vice-presidente do tribunal, além de estabelecer que deve ser selecionado ao menos um processo de cada relator que contiver a maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial, considerando apenas a questão central discutida. Vejamos:

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 argüidas 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.

A escolha do recurso paradigma é essencial para a legitimidade de todo o regime, uma vez que, a decisão tomada naquele caso operará efeitos panprocessuais, ou seja, para fora do processo, atingindo todos os demais litigantes que tiveram seu recurso suspenso. Daí a necessidade de que todos os fundamentos relacionados à questão sejam examinados pelo STJ.

Ressaltam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina, que:

Para a incidência do procedimento previsto no art. 543-C do CPC (LGL 1973\5), exige-se que haja multiplicidade de recursos sobre um mesmo tema jurídico, devendo ser selecionados “recursos representativos da

controvérsia”. O *discrímen* empregado pela norma não leva em conta critérios como a quantidade de litisconsortes, a natureza individual ou coletiva da ação etc. Importa, apenas, que os recursos escolhidos sejam efetivamente representativos da controvérsia. Os recursos que serão selecionados e encaminhados ao STJ deverão conter, de modo completo, todos os fundamentos necessários à compreensão integral da questão do direito. Os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. É importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável e contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista.⁵

De fato, a lei não determina como critério de seleção a natureza coletiva ou individual da ação. Entretanto, em regra, as ações coletivas propostas por entidades cujos fins institucionais têm relação como o objeto tutelado, normalmente terão melhores condições de desenvolver os fundamentos a serem analisados pelo STJ. Neste sentido também entende Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos.⁶

Entretanto, no julgamento do REsp 911.802/RS (1ª Seção, rel. Min. José Delgado, J. 24.10.2007, DJe 01.09.2008) a questão da representatividade foi descartada, tendo sido admitido como paradigma um Recurso especial proposto em ação individual em detrimento de outros recursos especiais propostos em ações coletivas sobre o mesmo tema. Restou estabelecido que o que importa é que a decisão deve rebater todos os argumentos possíveis (novos argumentos e não formas diferentes de tratar o mesmo argumento), portanto, a ação mais bem instruída e com bons argumentos será um melhor paradigma, independentemente da natureza da ação, se individual ou coletiva.

Marco Aurélio Serau Júnior e Silas Mendes dos Reis ressaltam que se deve escolher o recurso que traga mais e melhores argumentos a respeito da interpretação a ser dada à legislação federal, preferencialmente um processo de cada Ministro relator. Ademais, em virtude do princípio constitucional do contraditório, devem-se admitir recursos interpostos pelas diversas partes envolvidas, para que o STJ possa examinar os

5 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; MEDINA. José Miguel Garcia de. *Sobre o Novo Art. 543-C do CPC: Sobrestamento de Recursos Especiais “com Fundamento em Idêntica Questão de Direito”*, p.215.

6 WAMBIER. Luiz Rodrigues; VASCONCELOS. Rita de Cássia Corrêa de. *Sobre a Repercussão Geral e os Recursos Especiais Repetitivos e seus Reflexos Nos Processos Coletivos*. p.25.

diferentes pontos de vista envolvidos na lide. Sobre esse ponto, trataremos especificamente no capítulo que cuida da participação de terceiros.⁷

Cabe mencionar ainda que além do critério quantitativo da multiplicidade de recursos e do critério qualitativo da idêntica questão de direito, Vitor Toffoli identifica mais dois:

Como terceiro critério, pode-se definir que se selecionará aquele recurso que possua a questão mais abrangente sem prejudicar a discussão quanto às questões secundárias. Esses critérios são segundo os autores retro mencionados [Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos], estabelecidos pela Res. STJ 8/2008 que devem ser seguidos pela presidência do tribunal de origem para seleção dos recursos repetitivos. Ademais, existindo acórdãos que tenham sobre a mesma questão de direito soluções opostas, deverão os processos destes, evidentemente se interpostos recursos especiais, selecionados como paradigmas, para que a análise da questão se dê da forma mais ampla possível pelo STJ, abordando, na análise, ambos os pontos de vista, como bem asseverou José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier. De semelhante teor é a lição de Wambier e Vasconcelos, que afirmaram que devem ser selecionados recursos que melhor retratem a questão discutida, independentemente de as questões discutidas serem num mesmo sentido, ocorrendo que se houver acórdãos em sentidos opostos, devem ser selecionados recursos representativos em cada um dos sentidos. Portanto, deste último, deriva um quarto critério, qual seja, havendo decisões em sentido opostos, necessariamente deverão estar entre os recursos paradigmas uma que representa cada posição. Poderia a lei que instituiu o regime dos recursos especiais repetitivos ter estabelecido, entre outros, este último critério, por exemplo, como meio de garantir a qualidade dos casos a serem utilizados como parâmetro para formação da decisão que acabará por ser aplicada para todos os demais casos idênticos.

A Ministra Fátima Nancy Andrighi relata as dificuldades e soluções encontradas pelos Ministros do STJ na escolha dos Recursos Especiais afetados para o julgamento das causas repetitivas, apontando que a questão idêntica que caracteriza a multiplicidade de recursos, além de ser selecionada na decisão que instaura o incidente, deve ter sido: 1)

7 SERAU JÚNIOR. Marco Aurélio; REIS. Silas Mendes dos. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*. p. 52.

expressamente debatida no acórdão impugnado; 2) debatida nas razões do recurso especial; 3) preencher todos os requisitos de admissibilidade.⁸

Por uma questão prática, tem-se afetado um recurso por tese, desde que nesse ponto seja admitido, para evitar frustração de julgamento após todo um trâmite que envolve suspensão de milhares de recursos nos tribunais de origem.

Ademais, na questão de ordem levantada nos REsps 1.058.114/RS e 1.063.343/RS a Corte Especial do STJ indeferiu o pedido de desistência recursal, considerando que essa prática impede o julgamento da idêntica questão de direito, não se podendo entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional. Afirma a Ministra Nancy Andrichi que essa prática pode ser entendida como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça:

Evidenciada a natureza jurídica dos interesses [entre o direito individual à desistência e o direito coletivo à razoável duração do processo], é mediante a ponderação das normas aplicáveis que se verifica que o conflito entre eles é meramente aparente. Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves consequências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país. Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado. Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide. Não se pode olvidar outra grave consequência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os *amicus curiae*, as partes interessadas e o Ministério Público, oficialiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência. A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza

8 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Recursos repetitivos*. p. 265.

das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus polos. Entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do STJ, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.⁹

Teresa Wambier e José Medina entendem de maneira diversa. Para eles o julgamento do recurso especial selecionado deveria ser realizado em duas fases: na primeira etapa, deve ser fixada a tese que será (ou não) adotada pelos tribunais locais em relação aos recursos especiais sobrestados; ultrapassado esse passo, só então se passa ao julgamento do recurso selecionado. Assim, é possível que aquele que interpôs o recurso especial desista do recurso nos termos do art. 501, CPC, pois tal desistência somente deverá ser levada em consideração em relação à segunda fase do julgamento do recurso selecionado. Uma vez fixada a tese que diz respeito à questão de direito, cuja solução poderá ser levada em consideração em relação ao julgamento de diversos outros recursos especiais, poderá o STJ não conhecer do recurso especial, em razão da desistência. Desta forma preserva-se o interesse coletivo no julgamento da questão de direito repetitiva sem atingir o direito individual à desistência do recurso.¹⁰

2.2 Da recorribilidade da decisão que suspende o recurso especial

O regime dos Recursos Especiais repetitivos determina o julgamento por amostragem quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o que significa que, uma vez selecionados os recursos representativos da controvérsia os demais deverão ficar sobrestados no tribunal de origem até o pronunciamento definitivo do STJ.

Esse é o comando do parágrafo primeiro do art. 543-C, CPC. Caso o tribunal de origem não encaminhe os recursos ao STJ suspendendo os demais, o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, nos termos do art.

⁹ ANDRIGHI, op. cit., p. 265.

¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. p. 252.

543-C, § 2º, CPC. Trata-se de hipótese legal especialíssima que atribui efeito suspensivo ao Recurso Especial.

Para o sucesso do regime, que tem como uma de suas finalidades desafogar o STJ do acúmulo de processos repetitivos é necessário que os recursos fiquem sobrestados nos tribunais de origem. Talvez tenha sido esta a razão pela qual não houve previsão legal de recurso contra a decisão que suspende os recursos especiais, o que causou grande celeuma doutrinária.

Entretanto a parte que teve seu recurso suspenso pode ter interesse em rebater a decisão de sobrestamento ao demonstrar que o seu recurso não trata da mesma matéria afetada para julgamento no STJ (*distinguishing*), ou que houve alteração fática ou normativa que pode ensejar a alteração do entendimento já acertado pelo STJ (*overruling*), ou que há novos argumentos jurídicos ainda não apreciados pelo Judiciário. Assim, deve-se fazer uma interpretação sistemática a fim de viabilizar mecanismos de revisão da decisão de suspensão do recurso.

Ao analisar a questão, Marco Aurélio Serau Jr e Silas Mendes dos Reis sugerem várias possibilidades:

Uma das vertentes sob as quais pode ser hostilizada a decisão de suspensão do recurso especial indica que seria o caso de formular pedido de *reconsideração*, perante o órgão prolator do *decisum*, aduzindo-se a ausência de identidade com a questão de direito versada no recurso tido como *representativo*. Essa, a nosso ver, seria a melhor maneira de requerer o destrancamento do recurso especial ao qual se atribuiu o sistema de suspensão. A contradição entre o teor do recurso especial inadequadamente suspenso e a controvérsia versada em recurso representativo também poderia ensejar a oposição de *embargos de declaração* – oponíveis em caso de contradição, nos termos do art. 535, I, do CPC. Outra possibilidade de destrancamento do recurso especial suspenso relaciona-se com o manejo do *agravo de instrumento* previsto no art. 544 do CPC, direcionado ao próprio Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não nos parece a hipótese mais adequada para o objetivo almejado. Diante do princípio da taxatividade, que informa a sistemática recursal no ordenamento jurídico brasileiro, temos que não seria o recurso idôneo ao enfrentamento dessa situação, pois, consoante os expressos termos do art. 544, do estatuto processual civil, cabe o agravo de instrumento na hipótese de recurso especial *não admitido*. Por derradeiro, pode-se cogitar da apresentação de *reclamação* perante o próprio Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no

art. 105, I, “f”, da Constituição Federal, a fim de restar preservada a competência daquele elevado Tribunal.¹¹

Diversamente, entendem Teresa Wambier e José Medina que deverá ser admitido agravo de instrumento para o STJ nos termos do art. 544, CPC, demonstrando que aquele recurso suspenso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*.¹²

Rodrigo Teixeira concorda com o cabimento do agravo de instrumento (art. 544, CPC) e alega que o uso do agravo não é um fator contraditório à tentativa de celeridade buscada pelo procedimento da lei dos Recursos Especiais repetitivos, em razão das inúmeras interposições de agravos infundados perante o STJ, “pois seu manejo de forma indiscriminada, apenas para tentar valer-se da interposição do agravo de instrumento, na tentativa de não se enquadrar na suspensão prevista na parte final do § 1º do art. 543-C do CPC; certamente tal conduta seria classificada como litigância de má-fé, a teor do inc. II do CPC, passível, portanto de multa.” Acrescenta, ainda, que em caso de urgência seria cabível a interposição de uma medida cautelar inominada com fulcro no art. 798, CPC.¹³

Diante da lacuna da lei o Superior Tribunal de Justiça resolveu a questão no julgamento da Questão do Ordem no Ag 1.154.599/SP, cujo relator foi o Ministro Cesar Asfor Rocha (julgado em 16/2/2011, DJe de 12/5/2011). A decisão da Corte Especial foi no sentido de não ser cabível o agravo previsto no art. 544, CPC contra a decisão que determinar o sobrestamento do recurso enquanto não se julgar o recurso selecionado, tampouco cabe Reclamação, sendo admissível, apenas, o agravo interno para o próprio tribunal local. Vejamos a ementa e as razões do voto vencedor, do Ministro Cesar Asfor Rocha:

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

11 SERAU JÚNIOR. Marco Aurélio; REIS. Silas Mendes dos. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*. p. 75-76.

12 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; MEDINA. José Miguel Garcia de. *Sobre o Novo Art. 543-C do CPC: Sobrestamento de Recursos Especiais “com Fundamento em Idêntica Questão de Direito”*. p. 215.

13 TEIXEIRA. Rodrigo Valente Giublin. *Recursos Especiais Repetitivos: Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*. p. 161.

– 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.

No caso presente, conforme relatado, o recurso especial teve seguimento denegado porque o acórdão recorrido estaria no mesmo sentido do acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 977.058/RS, publicado em 10.11.2008, 1ª Seção, da relatoria do em. Ministro Luiz Fux). Foi aplicado o inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil acima reproduzido. Contra a mencionada decisão agravada, entendo, não cabe agravo de instrumento diante dos fundamentos a seguir apresentados. A edição da Lei n. 11.672, de 8.5.2008, decorreu, sabidamente, da explosão de processos repetidos junto ao Superior Tribunal de Justiça, ensejando centenas e, conforme a matéria, milhares de julgados idênticos, mesmo após a questão jurídica já estar pacificada. O mecanismo criado no referido diploma, assim, foi a solução encontrada para afastar julgamentos meramente “burocráticos” nesta Corte, já que previsível o resultado desses diante da orientação firmada em *leading case* pelo órgão judicante competente. Não se perca de vista que a redução de processos idênticos permite que o Superior Tribunal de Justiça se ocupe cada vez mais de questões novas, ainda não resolvidas, e relevantes para as partes e para o País. Assim, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no Código de Processo Civil e a ela vinculados, sob pena de tornar o esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida. Sobre o tema, devo trazer lição do sempre festejado Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 17ª edição – 1998, RJ), a respeito da *occasio legis* (ocasião legal). Após reproduzir partes dos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, conclui, *in verbis* :

Nas palavras transcritas já está caracterizada a *Occasio legis*: complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fastos contemporâneos da

elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente. Nenhum acontecimento surge isolado; com explicar a sua origem, razão de ser, ligação com os outros, resulta o compreender melhor a ele próprio. Precisa, pois, o aplicador do Direito transportar-se, em espírito, ao momento e ao meio em que surgiu a lei, e aprender a relação entre as circunstâncias ambientes, entre outros fatos sociais e a norma; a localização desta na série dos fenômenos sociológicos, todos em evolução constante. A fim de descobrir o alcance eminentemente prático do texto, coloca-se o intérprete na posição do legislador: procura saber por que despontou a necessidade e qual foi primitivamente o objeto provável da regra, escrita ou consuetudinária; põe a mesma em relação com todas as circunstâncias determinantes do seu aparecimento, as quais, por isso mesmo, fazem ressaltar as exigências morais, políticas e sociais, econômicas e até mesmo técnicas, a que os novos dispositivos deveriam satisfazer; estuda, em suma, o ambiente social e jurídico em que a lei surgiu; os motivos da mesma, a sua razão de ser; as condições históricas apreciáveis como causa imediata da promulgação. Enquadram-se entre as últimas os precedentes, em geral; as concepções reinantes, além de outras influências menos diretas e não menos diretas e não menos eficazes, como certos fatos ocorridos no estrangeiro e as legislações de povos cultos. Deve-se supor que os elaboradores do Direito novo conheciam o meio em que viviam, e o espírito da época, e se esmeraram em corresponder, por meio de providências concretizadas em textos, às necessidades e aspirações populares, próprias do momento, bem como às circunstâncias jurídicas e sociais contemporâneas. (páginas 148-149).

Sob esse enfoque, a norma do art. 544 do Código de Processo Civil, editada em outro momento do Poder Judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão judicante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial. O exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil. Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no

juízo de mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de “recurso representativo de controvérsia” (§ 1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso repetitivo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica. O momento da Lei n. 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do art. 544 do CPC. Decidir de forma diversa, acolhendo a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, enseja, flagrantemente, a mera substituição de cores e de nomenclaturas dos recursos que subirão ao Superior Tribunal de Justiça, impedindo que as partes obtenham justiça rápida e definitiva com o trânsito em julgado da decisão de mérito e ferindo, no meu entender, o espírito da nova lei.

Afastado o agravo de instrumento, surge uma segunda questão que deve ser resolvida também nesta assentada, considerando-se a sua importância, decorrente da possibilidade de multiplicação de recursos de igual natureza e com idêntico objetivo. A pergunta é: pode o Tribunal de origem, através do seu órgão competente, impedir a subida do agravo de instrumento aplicando a regra do art. 543-C do CPC? Penso que sim, anotando, desde logo, que tal decisão, obstando o prosseguimento do agravo, não representa, em princípio, usurpação da competência desta Corte. Isso por se tratar de recurso absolutamente incabível, não previsto em lei para a hipótese em debate e, portanto, não inserido na competência do Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, manter a possibilidade de subida do agravo para esta Corte implica viabilizar a eternização do feito, obstaculizando o trânsito em julgado da sentença ou acórdão e lotando novamente esta Corte de recursos inúteis e protelatórios, o que não se coaduna com o objetivo da Lei n. 11.672/2008.

Por último, cabe aqui discutir uma terceira questão. Poderá haver hipóteses em que, de fato, o recurso especial terá seguimento negado indevidamente, por equívoco do órgão julgador na origem. Nesse caso, caberá apenas agravo regimental no Tribunal *a quo*. Observo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 760.358-7, decidiu de forma semelhante. Considerando inadequada a utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência daquele Tribunal aos processos sobrestados na origem pela repercussão geral, entendeu que o único instrumento possível a tal impugnação seria o agravo interno. Ante todo o exposto e tendo em conta que o presente agravo, inclusive no que se refere ao art. 535 do CPC, busca apenas a prevalência de tese rechaçada quando do julgamento do REsp n. 977.058/RS, sob o rito da novel legislação, não conheço do agravo de instrumento porquanto incabível.”

Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha questionam essa decisão do STJ e argumentam da seguinte forma:

Entendeu o STJ 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. 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 aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.¹⁴

Parecem acertadas as ponderações feitas por Didier e Cunha, que também fundamentaram o voto vencido do Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento da Questão de Ordem retro mencionada:

A essência da tese proposta na questão de ordem é a de que não cabe recurso ao STJ quando o tribunal local julgar a causa em conformidade com precedente formado pelo sistema de julgamento de recurso especial previsto no art. 543-C do CPC. Embora faça referência apenas ao não cabimento, em casos tais, do agravo do art.

14 DIDIER JR. Fredie; CUNHA. Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. p. 317-318.

544 do CPC, a questão de ordem, na verdade, acaba chancelando, indiretamente, o entendimento adotado na decisão agravada de que não cabe também o próprio recurso especial. Em suma: seria irrecurável, para o STJ, o acórdão ou decisão do tribunal local cuja orientação coincidir com a do precedente do STJ.

Inobstante as consequências positivas que tal orientação pode acarretar na redução da carga de recursos dirigidos ao STJ, ela esbarra, no meu entender, em sérios empecilhos de ordem jurídica. Antes de mais nada, porque institui, por via pretoriana, um requisito negativo de admissibilidade de recurso especial não contemplado na Constituição (art. 105, III), fonte normativa primária dessa matéria, nem previsto na lei processual (CPC, arts. 541 e seguintes). Seria um peculiaríssimo e atípico requisito negativo, distinto dos comuns porque, como reconhece o voto do relator na questão de ordem, estaria vinculado à própria matéria de mérito objeto da causa. É importante considerar que o art. 543-C do CPC instituiu, apenas, um sistema novo de julgamento do recurso especial, mas não limitou as hipóteses de admissibilidade dessa via recursal.

Por outro lado, negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C 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. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. Até mesmo para as súmulas vinculantes editadas pelo STF há mecanismos de acesso à Corte Suprema para fins de revisão (CF, art. 103-A, § 2º e Lei 11.417/06, arts. 3º a 6º). O mesmo ocorre com as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, que também estão sujeitas a revisão (CPC, art. 543-A, § 5º). São igualmente passíveis de revisão – e não são raros os casos em que isso ocorre na prática – as súmulas editadas pelo STJ (Regimento Interno, art. 125).

Também não se mostra apropriada, no meu entender, a associação dessa questão de ordem com a orientação do STF de negar o cabimento

de reclamação ou mesmo de agravo de instrumento contra decisões da Presidência dos tribunais que não admitem ou que julgam prejudicados os recursos extraordinários sobre matéria a cujo respeito o Supremo negou existir repercussão geral. Com efeito, são situações inteiramente diferentes. Ao contrário do que ocorre na hipótese objeto da questão de ordem, a existência de repercussão geral é requisito de admissibilidade expressamente previsto na Constituição (art. 102, § 3º) e reproduzido na lei processual (CPC, art. 543-A), para cujo afastamento é exigida votação qualificada de 2/3 dos membros da Corte. Também ao contrário da situação aqui em exame, a decisão do STF que nega a existência repercussão geral tem eficácia *erga omnes* expressamente prevista em lei, segundo a qual “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” (CPC, art. 543-A, § 5º), sendo que, nos casos de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, sobrestados na forma do art. 543-B do CPC, “negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos” (§ 2º). Em tal ocorrendo, dispensa-se até mesmo a prolação formal de decisão sobre admissibilidade (Regimento Interno do STF, art. 328-A). Ora, nem essa inadmissão geral e *ex lege*, nem as demais características de que se reveste o instituto da repercussão geral, com base nas quais o STF adotou a orientação antes referida, se fazem presentes na disciplina dos recursos especiais do art. 543-C do CPC. Releva anotar, ademais, que as decisões do STF, que negam a repercussão geral, limitam-se a fazer juízo sobre esse requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, sem, no entanto, julgar o mérito. No caso de recurso especial repetitivo, ao contrário, há julgamento de mérito, de modo que negar, com base no precedente, o acesso ao STJ significa negar, com base em razões de mérito, o cabimento do recurso especial.

Por outro lado, ainda que se acolhesse a questão de ordem, para afirmar não ser cabível recurso especial ou agravo de instrumento, é certo que não se poderia estender o requisito negativo de admissibilidade quando o recurso, além de versar matéria julgada nos termos do art. 543-C do CPC, trazer também fundamento autônomo, por si só apto a reformar ou a anular o acórdão recorrido. É o que ocorre na hipótese objeto da questão de ordem, em que a parte recorrente, além da matéria de mérito, invoca ofensa, pelo acórdão recorrido, ao art. 535 do CPC, o que, se acolhida, leva à nulidade do julgado. E não é difícil imaginar que esta será uma porta larga para acesso ao STJ, mesmo se acolhida a questão de ordem.

Aliás, a experiência brasileira tem mostrado que as tentativas de eliminar drasticamente o cabimento de recursos podem produzir resultados contrários aos pretendidos, já que a via recursal acaba sendo substituída por meios alternativos, nomeadamente o do mandado de segurança, o das medidas cautelares ou o da reclamação. No caso em exame, a proposta de substituir o recurso especial ou o agravo de instrumento por agravo interno perante o tribunal local pode, na prática, significar apenas a instituição de um degrau a mais ou um desvio para o próprio recurso especial, a ser interposto contra a decisão colegiada produzida no julgamento do agravo interno.

As razões até aqui expostas conduzem, portanto, ao não acolhimento da tese formulada na questão de ordem. Isso não significa menosprezo à necessidade de adotar medidas no sentido de valorizar a evidente e especial eficácia expansiva que decorre dos precedentes do STJ, formados pelo sistema do art. 543-C do CPC. Pelo contrário, é indispensável que tais precedentes sejam imunizados contra ataques infundados ou meramente protelatórios, sob pena de tornar letra morta os preceitos normativos que revestiram ditos precedentes de autoridade superior. Importa salientar, a esse respeito, que legislação processual contempla mecanismos processuais aptos a frear, em boa medida, a indevida e abusiva interposição de recursos, mecanismos esses cuja aplicação está especialmente justificada em relação a recursos especiais contrários aos precedentes do STJ em recursos repetitivos. Refiro-me de modo especial às sanções de natureza pecuniária a que está sujeito o recorrente, seja quando agrava da decisão monocrática que rejeita seu recurso (CPC, art. 545 e art. 557, § 2º), seja quando insiste em formular pretensões ou deduzir argumentos sabidamente insubsistentes ou meramente protelatórios (CPC, arts. 14, III e 17, VII). apreciando questão de ordem no REsp 1.025.220, Min. Eliana Calmon, DJe de 20.04.09, a 1ª Seção considerou ser esse – e não a inadmissão do recurso – o meio adequado para preservar a autoridade do precedente em recurso repetitivo. A utilização rigorosa desse instrumento inibitório certamente concorrerá para realçar a importância e o significado que os precedentes devem merecer à luz do sistema previsto no art. 543-C do CPC. É o que vem ocorrendo no âmbito da 1ª Seção e de suas Turmas (v.g.: AgRg no Resp 1.056.336/RJ, 1ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJe de 21.05.09; AgRg no Ag 1.101.003/SP, 1ª Turma, Min. Hamilton Carvalhido, DJe 18.11.09; AgRg no Resp 864.610/MG, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJe de 24.11.09; AgRg no Resp 1.075.854/SC, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJe de 17.12.09; AgRg no Ag 1.068.455/RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 02.02.10; AgRg no Resp 1.110.707/

RJ, 2ª Turma, Min. Mauro Campbell, DJe de 10.09.09; AgRg no Resp 1.135.966/PR, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJe de 25.11.09; AgRg no Resp 1.115.420/MG, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJe de 27.11.09). Iniciativa semelhante registrou-se no âmbito da 4ª Turma, em casos relatados pelo Min. Aldir Passarinho Júnior (v.g.: AgRg no Resp 1.144.239/RS, DJe de 08.02.10).”

Assim, apesar de já haver entendimento consolidado no STJ em sentido contrário, a melhor solução seria a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que suspende os recursos especiais nos tribunais de origem, nos termos do art. 544, CPC.

2.3 Da participação de terceiros

No regime dos Recursos Especiais repetitivos, como visto, os Recursos Especiais que tratam da mesma questão de direito afetada para julgamento do STJ ficam suspensos aguardando a definição da tese vencedora. Posteriormente, esse precedente paradigmático do STJ deve ser levado em consideração para o deslinde das causas que ficaram sobrestadas. O objetivo é que se alcance a celeridade processual, bem como a isonomia entre os jurisdicionados e a segurança jurídica.

O contraponto que se faz é que, pela sistemática do regime, terceiros que não fazem parte da lide levada a julgamento no STJ serão afetados por ela, por meio de um mecanismo de encurtamento de fases processuais.

Ocorre, portanto, a ponderação ente os princípios constitucionais da celeridade processual e do contraditório. Para que a decisão paradigmática tenha legitimidade faz-se necessário um alargamento do contraditório, o que ocorre com a solicitação de informações aos tribunais a respeito da controvérsia, a admissão da manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia e a manifestação do Ministério Público (art. 543-C, §§ 3º, 4º, 5º, CPC e art. 3º da Resolução nº 8/2008 STJ).

Quanto ao pedido de informações aos tribunais referem-se a dados estatísticos ou mesmo ao conteúdo de direito tratado nos recursos representativos.¹⁵

A manifestação do Ministério Público se dá em observância à regra do art. 82, III do CPC que determina sua intervenção obrigatória nos processos em que ocorre interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. O interesse público resta evidente no regime dos Recursos Especiais repetitivos uma vez que o julgamento do

15 SERAU JÚNIOR. Marco Aurélio; REIS. Silas Mendes dos. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*, p. 56.

recurso paradigma se reproduzirá em múltiplos processos, configurando hipótese de intervenção do Ministério Público como *custus legis* pela natureza da lide.

A manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia configura a participação do *amicus curiae*. Cumpre ressaltar que a Resolução nº 8/2008 STJ restringiu essa participação à forma escrita, pois de outra forma poderia resultar em tumulto processual.

A esse respeito Fabio Monnerat leciona que se admite, no âmbito da discussão de formação dos precedentes, como no caso dos Recursos Especiais repetitivos, a participação do *amicus curiae*, “figura que surgiu no Direito brasileiro no controle concentrado de constitucionalidade – não por acaso técnica processual voltada a uniformizar o entendimento judicial de uma questão constitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – tendo sido, com acerto, transportada para outros procedimentos voltados a dar uma solução concentrada a questões de direito de modo a legitimar, futuramente, sua aplicação em outros casos idênticos. A participação do *amicus curiae* é uma clara manifestação do princípio do contraditório, que, nesse contexto, deve ser proporcional aos efeitos panprocessuais da decisão que atingirá terceiros.”¹⁶

Daí surge a questão de quem seria legitimado a participar na qualidade de *amicus curiae* no regime dos Recursos Especiais repetitivos. Para Cassio Scarpinella Bueno¹⁷ para atuar nessa qualidade, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, deve demonstrar, independentemente de previsão legislativa, cumulativamente: a) interesse institucional, conceito mais abrangente do que o interesse jurídico previsto na regulamentação do instituto da assistência; e b) adequada representação, assim entendida a representatividade dos postulantes. O autor sugere como referencial importante, mas não suficiente, o rol de legitimados pelo direito processual para propor ações coletivas.

De fato os legitimados para propor ação coletiva que demonstrem interesse na controvérsia certamente poderão ser admitidos como *amicus curiae* no julgamento do Recurso Especial paradigmático, tendo condições de contribuir para o debate e enriquecer a fundamentação da decisão.

Porém, não se pode esquecer que aqueles litigantes que tiveram seus recursos suspensos também têm interesse na controvérsia e, eventualmente, poderão demonstrar que possuem argumentos que não

16 MONNERAT. Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Org., p. 363-4.

17 BUENO, Cassio Scarpinella, In: MONNERAT. Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Org., p. 364.

constam nos Recursos afetados para julgamento. A fim de garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, sua participação na qualidade de *amicus curiae* deve ser admitida, afinal eles serão atingidos pela decisão paradigmática, e sua participação também contribuirá para o aprimoramento da decisão, dando a ela maior legitimidade.

Neste sentido Rodrigo Teixeira ressalta a importância da ampla participação de pessoas, órgãos e entidades:

Apesar de não haver uma obrigatoriedade entende-se que, ante toda a sistemática idealizada para o julgamento dos recursos repetitivos fundados em idêntica questão de direito, até para que a discussão sobre a temática alcance a maior amplitude possível, de forma que represente sua análise e, posteriormente, os fundamentos do acórdão, a maior exatidão possível sobre a matéria, para que esse acórdão não seja motivo de críticas, até porque a ele será conferido um efeito vinculante a ser adotado, ou não, pelos tribunais locais ou regionais, deve, sim, em todos os casos que envolverem recursos repetitivos, haver a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Contudo, o legislador não detalhou na norma qual seria o tipo de interesse que as pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia deveriam possuir, se jurídico, social, econômico ou ainda qualquer outro. Acredita-se que a vagueza da redação é proposital, para que não haja nenhum rol taxativo que, futuramente, pudesse impedir quaisquer pessoas, órgãos ou entidades que, com interesse na controvérsia, pudessem se manifestar. Na prática, em relação aos primeiros recursos especiais com idêntica questão de direito, quando o assunto versou sobre contratos bancários e direito do consumidor foi enviado ofício ao Conselho Federal da OAB –, ao Bacen –, à Federação Brasileira de Bancos – Febraban – e ao Idec – para que essas instituições possam apresentar manifestações escritas no processo. [...] Contudo, independente da parcialidade que possa ocorrer, não há dúvidas de que suas manifestações são extremamente válidas para ampliar o contraditório e levar ao STJ o maior número de informações possível, para que haja uma decisão com todos os elementos de convicção que ensejarão uma decisão que será utilizada como orientação para as demais fundadas na mesma questão de direito.¹⁸

18 TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. *Recursos Especiais Repetitivos*: Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. p. 161.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina acrescentam que as partes que tiveram seu recurso suspenso também podem intervir na qualidade de *amicus curiae*:

Entendemos que a previsão contida no art. 543-A, § 4.º, do CPC (LGL 1973\5) estende-se às partes em cujo processo houve recuso especial que teve sua tramitação sobrestada, em razão da subida de recurso especial “com fundamento em idêntica questão de direito” interposto por (ou contra) outra pessoa, que poderá manifestar-se, com o intuito de ver provido (ou desprovido) o recurso especial selecionado. É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos escolhidos e nas respectivas contra-razões. É interessante notar, contudo, que o art. 543-A, § 6.º, do CPC (LGL 1973\5) sugere que a manifestação de terceiros, em relação ao recurso extraordinário, limita-se à “análise da repercussão geral”. O mesmo não ocorre na situação prevista no art. 543-C, § 4.º, do CPC (LGL 1973\5), motivo pelo qual a manifestação de terceiros, neste caso, poderá dizer respeito à integralidade do julgamento a ser realizado pelo STJ - isto é, tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito dos recursos escolhidos.¹⁹

Diferentemente, Nelson Rodrigues Netto entende que deve haver limites na intervenção na qualidade de *amicus curiae* sob pena de ocorrer prejuízo à celeridade processual tão almejada na origem do regime dos Recursos Especiais repetitivos:

Junto ao STJ, o art. 543-C, § 4.º, do CPC (LGL 1973\5), permite a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”. Ora, têm interesse na controvérsia todos os sujeitos que interpuseram recursos especiais, os quais se encontram sobrestados. De tal sorte é de se indagar: podem eles intervir como *amici curiae*? Parece-nos que esta não é a melhor solução, já que o que se pretende é imprimir celeridade e conferir segurança jurídica ao processo com este método de solução, por atacado, dos conflitos de interesse. O “interesse na controvérsia” não pode ser o de quem tem interesse jurídico direto na solução do recurso paradigmático, por possuir demanda cuja questão de direito é idêntica àquela, o que justificaria

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia de. *Sobre o Novo Art. 543-C do CPC: Sobrestamento de Recursos Especiais “com Fundamento em Idêntica Questão de Direito”*. p. 215.

o ingresso no feito como terceiro interessado. É o interesse geral, indireto, daqueles sujeitos que “representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais” (STF, Plenário, AgRg ADIn 2130-3-SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001)²⁰

Homero Francisco Tavares Junior também alerta para a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* causar tumulto processual:

Embora a manifestação de terceiros no processo, aí se incluindo as partes que tiveram o seu recurso especial sobrestado na origem, colabore para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, há que se tomar cuidado para que a norma em questão não jogue por terra o principal objetivo da lei em estudo, qual seja, a otimização do tempo de julgamento dos recursos. Sobre essa particularidade, escreve João Moreno Pomar: ‘Embora a lei tenha como fim desafogar o volume de processos na instância do STJ, a circunstância tratada no § 4.º poderá ensejar verdadeiro tumulto na instrução do recurso e afetar a celeridade da tutela recursal, se o regimento do STJ não for de pronto e convenientemente adequado à hipótese.’²¹

Como dito anteriormente, obstar a participação das partes que tiveram seus recursos sobrestados, pode ser entendida como uma medida inconstitucional, pois se estaria negando à parte o exercício da ampla defesa e do contraditório. É claro que não cabe a intervenção para repetir argumentos que já constam nos recursos afetados para julgamento, devendo ser admitida apenas aquela que tenha novos fundamentos para enriquecer o debate.

2.4 Do julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos e seus efeitos

Nos termos do §6º do art. 543-C, CPC, após a coleta de informações sobre a matéria afetada a julgamento, transcorrido o prazo para o Ministério Público se manifestar e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo entrará em pauta para julgamento.

20 RODRIGUES NETTO, Nelson. *Análise Crítica do Julgamento “Por Atacado” No STJ (Lei 11.672/2008 sobre Recursos Especiais Repetitivos)*. p. 234.

21 TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. *Recursos Especiais Repetitivos: aspectos da lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ*. p. 190.

O julgamento será realizado na Seção que detém competência para julgar a matéria, ou, caso se trate de matéria afeta a mais de uma Seção, a Corte Especial julgará o recurso.

A lei fez importante previsão quanto à celeridade do julgamento do recurso especial paradigma, determinando que terá preferência no julgamento sobre os demais feitos, ressalvados apenas os que envolvam réu preso e pedidos de *habeas corpus*. A lei não estabeleceu prazo específico para julgamento, e a Resolução nº 8/2008 STJ também não o fez. Cumpre observar que a Resolução nº 7/2008 STJ, que foi substituída pela Resolução nº 8/2008 STJ antes de entrar em vigor, previa prazo máximo de 180 dias para julgamento e, acaso ultrapassado o prazo, a decisão que suspendia os demais Recursos Especiais seria revogada.

O regime dos Recursos Especiais repetitivos visa justamente dar maior celeridade no julgamento de múltiplos processos com idêntica questão de direito, portanto é bem vinda a preocupação do legislador com a rapidez na prestação jurisdicional pelo STJ. Milhares de processos ficam suspensos aguardando a decisão do Tribunal sobre o tema afetado a julgamento, portanto a demora na solução da questão seria um desserviço à sociedade e uma afronta ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

O regime dos Recursos Especiais repetitivos proporciona um amplo debate sobre a questão controvertida, envolvendo inclusive a participação de terceiros, como visto anteriormente. Isso demonstra que estamos diante de uma excelente oportunidade para se aprofundar no tema afeto a julgamento que afetará milhares de litigantes. Portanto, esse regime não serve apenas para consolidar um entendimento já pacificado no STJ determinando sua aplicação aos demais recursos sobrestados. Trata-se, na verdade de um momento de reflexão especial, onde se pode ir além na interpretação e possível integração da lei federal.

Neste sentido afirma a Ministra Fátima Nancy Andrichi:

Efetivamente, há uma divergência bastante ampla acerca das possibilidades envolvidas em um julgamento dessa natureza, pois parte dos Ministros considera que a discussão, deve simplesmente, ratificar as conclusões já obtidas em precedentes anteriores. Já outros, veem o mecanismo como uma possibilidade de ir além na jurisprudência - observando nova legislação, sobre a qual não há precedente, por exemplo: consórcio - ou então corrigir eventuais equívocos na formulação pregressa desse entendimento consolidado. Para o primeiro grupo, a edição de um entendimento no âmbito de um recurso representativo de controvérsia teria total similitude

com o procedimento de edição de uma nova Súmula; apenas os efeitos seriam diversos, de acordo com o que dispõe o art. 543-C do CPC. Filio-me abertamente ao segundo grupo. Entendo que o país perde uma chance extraordinária de ver uma de suas Cortes Superiores analisando temas em profundidade nunca antes vista, pois é isso o que o procedimento agora criado permite. Afinal, há toda uma mobilização que supera em muito a discussão *inter partes*; há a influência dos *amicus curiae*, do Ministério Público, dos próprios Tribunais de 2.º grau e, necessariamente, a participação das Seções ou da Corte Especial. A experiência tem mostrado que o julgamento mobiliza de forma mais impactante até mesmo os próprios Ministros do STJ. No julgamento do processo repetitivo, é possível estudar em que ponto eventualmente os precedentes anteriores falham e o que possuem de melhor para ser aproveitado; é possível avançar em conclusões tomadas, muitas vezes, antes do amadurecimento completo da discussão jurídica travada. Nesse sentido, com a devida vênia, gostaria de fazer de cada recurso repetitivo um momento de nova reflexão, pois me parece estranho que seja necessário chamar para o processo os *amicus curiae* simplesmente para que estes referendam, formalmente, um procedimento previsto em lei, já sabedores de que o STJ vai simplesmente “carimbar” uma decisão que, às vezes, fora tomada com base em uma discussão que não teve sequer oportunidade de chegar ao mesmo nível de aprofundamento. Ademais, não é de se olvidar a possibilidade de que um recurso representativo de controvérsia seja, justamente, o primeiro processo a instaurar determinada discussão no âmbito do STJ. Pense-se em uma situação regional, derivada de um fato único e temporalmente bem delimitado, que afetou alguns milhares de cidadãos. Estes oferecerão ações praticamente ao mesmo tempo, receberão julgamentos próximos, recorrerão em datas parecidas e o Tribunal de Justiça, de repente, receberá centenas de apelações muito semelhantes. Possivelmente, o primeiro acórdão será alvo de recurso especial e o Tribunal o afetará. Essa situação não é fictícia e já ocorreu em processo de minha relatoria, relativamente a uma discussão possessória em área de loteamento irregular nos arredores de Brasília. Por esse exemplo, nota-se que não decorre da natureza do procedimento - como querem alguns - a exigência de que o julgamento da tese repetitiva apenas reitere as decisões anteriores, pois pode ser que não haja decisões anteriores.²²

²² ANDRIGHI, op. cit., p. 265.

Pois bem, uma vez julgado o recurso e publicado o acórdão (leia-se ocorrendo o trânsito em julgado²³), os §§ 7º e 8º do art. 543-C, CPC preveem o seguinte:

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

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.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Assim, os Recursos Especiais sobrestados cujos acórdãos recorridos coincidirem com a orientação que restar firmada pelo Superior Tribunal de Justiça terão seu seguimento denegado, nos termos do inciso I.

Todavia, serão novamente examinados pelas Cortes *a quo* aqueles Recursos Especiais sobrestados em que os acórdãos divergirem da orientação do STJ. Nesses casos o reexame da matéria é feito pelo relator originário do feito (inciso II). Caso a decisão divergente seja mantida, far-se-á, a partir de então, o exame de admissibilidade do Recurso Especial nos termos da regra geral de julgamento individualizado desses recursos (§8º).

A Resolução nº 8/2008 STJ, prevê, ainda, em seu art. 5º que na hipótese de o Recurso Especial sobrestado já haver sido distribuído, será julgado pelo Ministro Relator, nos termos do art. 557, CPC. Caso ainda não tenha sido distribuído, será julgado pela Presidência, nos termos da Resolução nº 3 de 17/04/2008.

Em análise do sistema, Homero Tavares Jr. observa que “a par da novidade de sobrestamento do recurso, a norma vem reforçar a sistemática há muito adotada no juízo prévio de admissibilidade do

23 No sentido de que deve necessariamente ter havido trânsito em julgado para o prosseguimento do procedimento previsto no § 7, art. 345-C, CPC: TAVARES JUNIOR. Homero Francisco. Recursos Especiais Repetitivos: aspectos da lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*, v. 166, p. 190, dez. 2008. DTR\2008\710; e ALVIM. Carreira J.E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, v. 162, p. 168, ago. 2008 | DTR\2008\531.

recurso especial, exercido no tribunal de origem. Se, antes da edição da Lei 11.672/2008, o juízo prévio de admissibilidade já era extremamente rigoroso quanto à adequação do recurso especial aos termos do art. 105, III, c, da CF/1988 (LGL 1988\3), com o advento da nova lei, com muito mais força o será, dado que a ideia a ser definitivamente colocada em prática é a de obstaculizar a subida de recursos que versem temas já decididos pela instância *ad quem*. Resta saber até que ponto a decisão que negar seguimento ao recurso impedirá ou dificultará o manejo de outro remédio processual pela parte.”²⁴

Neste ponto surge o questionamento se realmente se trata de juízo de admissibilidade, uma vez que o legislador usou a expressão “negar seguimento”, ou se ocorre verdadeiro juízo de mérito. A primeira consequência será analisar qual recurso é cabível para, por exemplo, distinguir o recurso especial sobrestado em razão de peculiaridades fáticas do paradigma.

Para Nelson Rodrigues Netto, no inciso I, do §7º houve emprego de técnica que embaralha juízo de admissibilidade e juízo de mérito, pois, “como é sabido, o juízo de admissibilidade de qualquer recurso consiste de julgamento que é, lógica e cronologicamente, anterior ao julgamento de seu mérito, sendo extremamente importante esta distinção em relação à formação da coisa julgada. O preceptivo, assim, permite que todos os recursos especiais sobrestados tenham um juízo negativo de admissibilidade com base no juízo de mérito do recurso paradigmático. É bom realçar que o juízo negativo de admissibilidade proferido pelos Tribunais de origem é provisório, de modo que contra esta decisão é cabível o recurso de agravo, na modalidade instrumento, e com as peculiaridades de processamento previstas no art. 544 do CPC (LGL 1973\5). O mesmo vale para a decisão singular do relator no STJ que venha a aplicar a regra do art. 557 do CPC (LGL 1973\5), a qual será atacável por meio do agravo interno do art. 557, § 1.º, do CPC (LGL 1973\5).”²⁵

Fabio Monnerat entende que se trata de procedimento de admissibilidade com natureza de mérito:

O § 7º, I, do art. 543-C do Código, se refere textualmente à negativa de seguimento, expressão dogmaticamente reservada ao juízo de admissibilidade recursal, mas, nesse caso, resta claro que, da mesma forma já delineada no item reservado aos comentários ao art. 518, §

24 TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. *Recursos Especiais Repetitivos*: aspectos da lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. p. 265..

25 RODRIGUES NETTO, op. cit., p. 234.

1º, do CPC, a lei opta por dar tratamento procedimental de juízo de admissibilidade a uma questão de mérito. Tal sistemática é coerente e não ofende o ‘modelo constitucional de processo civil’, na medida em que não se trata de qualquer questão de mérito que está sendo retirada da apreciação pelo juiz natural do recurso, o STJ, mas de uma questão exclusivamente de direito que teve seu sentido debatido e decidido pelo órgão máximo do sistema jurídico com competência para tanto em um procedimento única e exclusivamente voltado para essa análise, em que foram maximizados a publicidade, a motivação e, sobretudo, o contraditório. Aqui mais uma vez é necessário fazermos a distinção entre a competência para *decidir* sobre a interpretação e aplicabilidade de determinada norma jurídica da competência para *reproduzir* e *aplicar* o precedente aos casos que envolvam a mesma situação regulada pela norma interpretada pelo STJ no julgamento do recurso repetitivo. Por se tratar de decisão com tratamento procedimental típico de juízo de admissibilidade, não obstante com natureza de mérito, a decisão proferida com fulcro no art. 543-C, §7º, do CPC, desafia o recurso de agravo previsto do art. 544 do CPC, cujo conteúdo deve ser a inaplicabilidade do precedente ao recurso especial inadmitido e não a rediscussão da tese recém firmada no procedimento concentrado.²⁶

Quanto à regra do inciso II, do §7º observa-se uma novidade em termos de processamento de recursos judiciais, uma vez que a norma obriga o tribunal de origem a reexaminar a causa cuja definição, antes estampada no acórdão recorrido, divergir da orientação que fora dada pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial afetado. Trata-se, portanto, de verdadeiro juízo de retratação, havendo reanálise do próprio mérito recursal, mesmo após ser esgotada a jurisdição do tribunal regional ou estadual a esse respeito.

Como pondera Homero Tavares Jr. “é importante observar que, tal juízo de retratação, a partir do qual o tribunal poderá rever ou manter a sua posição, ocorrerá no momento em que o recurso especial já estiver formalizado nos autos. Portanto, não se afigura correto pensar que ‘o recurso especial sobrestado na origem’ (§ 7.º) será ‘novamente examinado pelo tribunal de origem’ (§ 7.º, II). A essa altura, o recurso especial ainda não terá sido examinado, parecendo-nos mais acertado

26 MONNERAT. op. cit., p. 484.

pensar que o ‘acórdão do tribunal de origem’, no ponto enfocado pelo acórdão paradigma do STJ, será objeto de novo exame.”²⁷

Rodrigo Teixeira entende que a hipótese prevista no § 7.º, II é um verdadeiro juízo de retratação e que, “já que não se trata de uma exceção tal como a regra do art. 296, que o reexame do mérito apresenta um conflito com o art. 463, do CPC (LGL 1973\5), que veda a alteração de uma decisão, salvo para corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou retificar erros de cálculo, por meio de embargos de declaração.”²⁸

Neste sentido, o referido autor questiona se analisando novamente o mérito recursal, o tribunal ultrapassaria as suas atribuições, pois após a análise do recurso de apelação, salvo as exceções do art. 463, caberia apenas realizar o juízo de admissibilidade do recurso especial.

A questão controvertida a ser respondida é se ao tomar a providência a que alude o art. 543-C, § 7.º, II, do CPC (LGL 1973\5), com a realização do reexame do mérito do recurso no tocante à matéria repetitiva pode ou não o tribunal assim proceder sem que haja usurpação da competência de análise do mérito que seria exclusividade do STJ. (...) Entende-se que, nesse caso em específico, quando envolver a análise e julgamento de recursos especiais com idêntica questão de direito, não haverá usurpação de competência do STJ. Primeiramente pelo fato de que, ao realizar reexame do mérito do recurso especial no tocante à matéria repetitiva, o tribunal local estará apenas reproduzindo o entendimento firmado pelo STJ. Segundo, em razão de que não haveria lógica em adotar o procedimento de julgamento dos recursos especiais repetitivos caso todos aqueles que restarem sobrestados, aguardando o julgamento do selecionado, forem enviados, após o julgamento pelo STJ, a esse tribunal para que aos recursos especiais fosse dada a mesma decisão. Em não sendo autorizada a reanálise pelo tribunal local a *mens legis* da Lei 11.672/2008 seria inócua, pois se buscou imprimir aos julgamentos das matérias com idêntica questão de direito um rito mais célere e que pudesse, com a alteração de alguns procedimentos específicos, desafogar o STJ, autorizando os tribunais locais a reanalisarem a questão, quando de idêntico teor, que foi julgada, com alguns critérios adicionais, tal como admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Assim, se o

²⁷ TAVARES JUNIOR. op. cit., p. 190.

²⁸ TEIXEIRA. op. cit., p. 161.

próprio STJ, a quem cabia a competência de julgamento do recurso especial, já julgou a questão de idêntico teor e a ela conferiu-lhe efeito vinculante que pode ser observado pelos juízes dos tribunais inferiores, não há o que se falar em usurpação de sua competência. Em não sendo permitida a reanálise pelo tribunal local não haveria nenhum benefício quanto à intenção e à necessidade de desafogar o STJ, pois todos os recursos especiais suspensos no tribunal local, após o pronunciamento definitivo do STJ, seriam então a ele enviados, distribuídos para ser julgados pela Presidência do STJ, nos termos da Res. STJ 3, de 17.04.2008, 11 em atendimento ao inc. II do art. 5.º da Res. STJ 8/2008. Em terceiro, consigna-se que o tribunal local não está obrigado a reformar a decisão do acórdão recorrido e objeto do recurso especial, conforme o permissivo legal do § 8.º do art. 543-C do CPC (LGL 1973\5), pois pode, nessa hipótese, o tribunal local optar por manter a sua decisão, mesmo que divergente daquela do STJ, que analisou a questão de idêntico teor de direito. Por isso, e não obstante toda essa discussão de adentrar ao mérito com o reexame do recurso no tocante à matéria repetitiva, tem-se ainda que todo o procedimento objetivado pelo art. 543-C do CPC (LGL 1973\5), poderia ser inócuo, já que (...) não está o tribunal local obrigado a seguir a orientação do STJ. Assim, após o reexame do mérito, pode o tribunal manter a decisão recorrida, mesmo em divergência com a orientação do STJ, sem que se façam quaisquer acréscimos ou fundamentos, o que ensejará a conclusão dos autos para que se realize o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto. Pode também o órgão julgador manter a decisão recorrida divergente, acrescentando ainda novos fundamentos, o que permite ao recorrente ratificar e/ou aditar o seu recurso especial, no prazo de quinze dias, permitindo ao recorrido, em atendimento ao princípio do contraditório, também aditar as suas contrarrazões, para então abrir vistas ao Ministério Público quando necessário, para que, na sequência do procedimento, os autos sejam levados à conclusão para a realização do juízo de admissibilidade. Por fim pode, tal como se espera com a criação do art. 543-C, o órgão julgador reformar a decisão recorrida adotando a orientação da análise e julgamento do recurso especial de matéria repetitiva, levando o recurso especial à conclusão para que ele seja declarado prejudicado e, na sequência, negado seguimento.²⁹

29 TEIXEIRA. op. cit., p. 161.

Fabio Monnerat assevera que a hipótese do inciso II, §7º “se, na prática, equivale ao provimento de mérito do recurso especial, teoricamente pode ser classificada como um juízo de retratação pelo Tribunal *a quo*, legalmente autorizado e sistematicamente justificável em função do prestígio da isonomia, celeridade, eficiência e economia processuais possibilitadas por tal retratação”, o que reforça o entendimento já esposado anteriormente sobre diferença acerca da competência para decidir, ou para reproduzir e aplicar o precedente. Para o referido autor, “contra o acórdão que consagra o juízo de retratação, é admissível novo recurso especial, por tratar-se de decisão de última instância acerca de interpretação e aplicação de lei federal. Se presentes os demais requisitos de admissibilidade, o recurso deverá ser encaminhado ao STJ.”³⁰

Sobre a competência para realização do juízo de retratação, Nelson Rodrigues Netto entende que a expressão “novamente examinados pelo tribunal de origem”, previsto na norma, “não significa que o Presidente ou o Vice-Presidente dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal ou dos Tribunais Regionais Federais tem competência para o juízo de retratação. Retratar-se é voltar atrás, logo, somente o órgão jurisdicional que decidiu é que poderá se retratar. A competência para o juízo de retratação é do órgão jurisdicional fracionário dentro dos Tribunais de origem que proferiu a decisão recorrida por meio de recurso especial. Logo, os autos do processo que se encontravam na Presidência (ou Vice-Presidência) dos Tribunais de origem devem ser devolvidos ao juízo *a quo*.”³¹

Neste ponto, importante analisar quais os efeitos do julgamento paradigma, ou seja, se há efeito vinculante, ou se o regime estipula efeito meramente persuasivo.

Teresa Wambier e José Medina entendem que o legislador estabeleceu para o regime dos Recursos Especiais repetitivos o efeito meramente persuasivo. Isto porque, diferentemente do instituto da repercussão geral dos Recursos Extraordinários, previsto no art. 345-B, CPC, não houve previsão legal de que os recursos cuja tramitação ficou suspensa serão considerados automaticamente não admitidos:

30 MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Org., p. 485. No mesmo sentido entendem Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, em: WAMBIER, Luiz Rodrigues.;VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a Repercussão Geral e os Recursos Especiais Repetitivos, e seus Reflexos Nos Processos Coletivos. *Revista dos Tribunais*, v. 882, p. 25, Abr. 2009. DTR\2009\306.

31 RODRIGUES NETTO, op. cit., p. 234.

Vê-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral. Deverá o órgão *a quo*, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito. O mesmo, porém, não ocorre em relação aos recursos especiais: *o não conhecimento dos recursos especiais selecionados não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados.*³²

De fato, diante da possibilidade ou não do juízo *a quo* se retratar, conclui-se que a lei não conferiu ao acórdão paradigma o efeito vinculante. Entretanto, na prática, o julgamento dos recursos nos tribunais tem mostrado que a decisão proferida pelo STJ na causa repetitiva acaba tendo um efeito bem próximo à vinculação, o que Rodrigo Teixeira denomina de “efeito vinculativo indireto”:

O termo “vinculativo” seria o mais apropriado ao caso em questão, pois a intenção do legislador ao regularizar a admissibilidade de recursos representativos fundados em idêntica questão de direito é o de ligação do recurso já julgado com os demais, criando um verdadeiro vínculo para a repetição dos resultados nos demais recursos, a fim de se harmonizar com a jurisprudência do STJ. Sendo o efeito apenas persuasivo, a *mens legis* da Lei 11.672/2008 perde a força, deixando apenas o acórdão do STJ, após todo o trâmite de julgamento dos recursos repetitivos, como sendo somente mais um elemento de convencimento do magistrado *a quo*, ficando a critério desse acatar ou não os elementos de convicção. Contudo, não obstante a discussão terminológica e ao fim colimado pela Lei 11.672/2008, de imprimir uma maior celeridade na análise de recursos fundados em idêntica questão de direito, verifica-se, pelo teor do § 8.º do art. 543-C do CPC (LGL 1973\5), que pode o tribunal de origem manter a decisão divergente em relação ao julgamento do STJ, sendo que, nesta hipótese, deverá ser processado o recurso especial realizando o seu exame de admissibilidade. Com base, então, na redação do § 8.º do citado artigo, no qual se prevê que pode o tribunal, sem quaisquer restrições, manter o acórdão, mesmo que divergente da orientação do STJ, tem-se que o caráter do efeito do acórdão que julgou o recurso repetitivo com idêntica questão de direito detém apenas um efeito persuasivo. Entretanto, apesar do referido parágrafo apontar pela persuasão do acórdão do STJ tem-se verificado nos tribunais locais e

32 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. p. 249.

regionais a adesão absoluta do entendimento do STJ, conferindo, por esse motivo, um efeito vinculativo indireto.³³

Da mesma forma, Fabio Monnerat entende que o procedimento do julgamento do recurso especial paradigma constitui verdadeira técnica de uniformização de jurisprudência, voltada a verificar e formalizar o entendimento do STJ acerca da questão federal nele veiculada. Assim, “o julgamento fruto deste procedimento constitui um *precedente formalizado* que, se não possui efeito vinculante expresso, certamente é dotado de uma carga de autoridade e valorização pelo sistema processual muito elevados.”³⁴

A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni é taxativo ao dizer que o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do recurso paradigma é vinculante. Para ele, “o tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter a sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los. Ou seja, a única possibilidade de o tribunal de origem não se retratar é mediante o *distinguishment* do caso. Ele obviamente não pode afirmar que não está de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para manter o acórdão e, após, dar seguimento ao recurso especial.”³⁵

De fato, cumpre ressaltar que a aplicação do precedente exige uma análise minuciosa do julgador. Como bem colocado por Fabio Monnerat, “a tarefa do aplicador do precedente, notadamente dos juízes, é dupla, cabendo-lhe: I) identificar o precedente, ou, mais precisamente, a tese jurídica nele consagrada, seu sentido e sua extensão (*ratio decendi*); e II) correlacionar racionalmente o caso apreciado ao caso (ou casos) julgado na formação do precedente, para, então: (a) aplicar o precedente; ou (b) afastar o precedente por: (b.1) haver alguma peculiaridade no caso apreciado que o diferencie daqueles apreciados na formação dos precedentes (*distinguishing*); ou (b.2) deixar de aplicar o precedente, haja vista sua superação por força de modificações jurídicas, políticas ou sociais entre o período de sua formação e sua aplicação (*overruling*).

33 TEIXEIRA, op. cit., p. 161.

34 MONNERAT, op. cit., p. 478.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. p. 498/499.

3 ANÁLISE ESTATÍSTICA DOS PROCESSOS DO STJ

Como visto, a Lei 11.672/2008 introduziu na sistemática recursal brasileira a possibilidade de julgamento em bloco de recursos especiais com idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo desta lei consiste em tornar mais efetiva e célere a prestação jurisdicional das causas que tramitam no STJ e, portanto, a mesma está calcada no direito fundamental à celeridade processual (duração razoável do processo), esculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

A conclusão sobre o êxito da Lei deve estar apoiada em análise estatística da produtividade do STJ, partindo de dados numéricos sobre a quantidade de julgamentos proferidos neste Tribunal, antes e depois da vigência da mencionada Lei.

A pergunta que se faz é se a sistemática do art. 543-C é capaz de reduzir o número de recursos que chegam até o STJ, pois, ao mesmo tempo em que se observa uma redução de recursos especiais, pode-se observar também um aumento de agravos, que podem ter sido manifestados pela irresignação diante da decisão de sobrestamento.

Utilizando os dados estatísticos disponíveis no site do Superior Tribunal de Justiça, foi feito um corte temporal a fim de analisar a tendência de crescimento do número de processos três anos antes e três anos após a edição da Lei, portanto, de 2005 a 2011.

Após a publicação da Lei, a primeira conclusão a que se chega é que apesar de ainda haver crescimento no número total de processos distribuídos (no período de 2008 a 2011 houve crescimento de 7%), o número de Recursos Especiais diminuiu 18%.

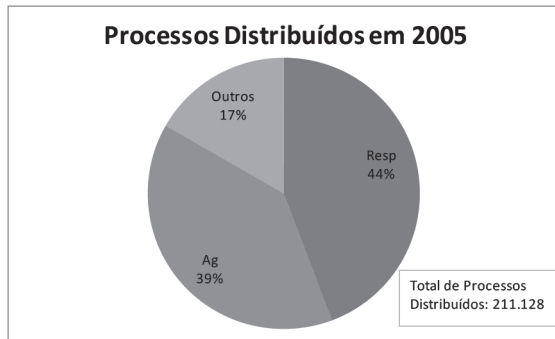
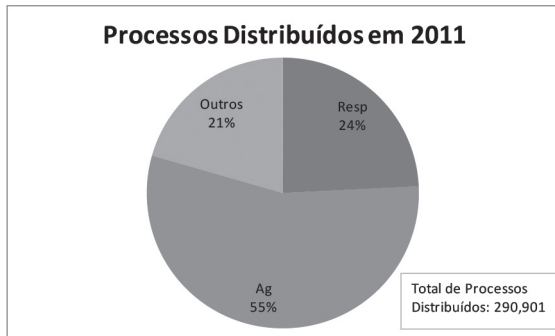
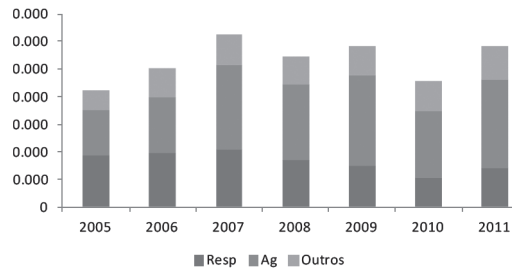
No mesmo período (2008 a 2011) a representatividade dos Recursos Especiais comparado ao total de processos distribuídos reduziu sete pontos percentuais, passando de 32% para 24%.

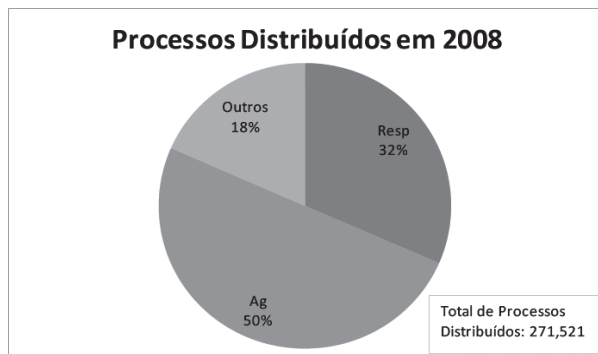
Porém, o número de agravos distribuídos entre 2008 e 2011 aumentou cinco pontos percentuais, passando de 50% para 55%. Esse resultado parece negativo, mas ainda está abaixo da média de crescimento do período, que como visto foi de sete por cento.

Por fim, no período de 2005 a 2011 observa-se que o crescimento do número total de processos distribuídos teve uma brusca desaceleração desde a promulgação da lei, uma vez que a média de crescimento entre 2005 e 2008 foi de 29%, e a média de crescimento de 2008 a 2011 foi de 7%, apesar do resultado de 2011 ter registrado o maior crescimento dos últimos sete anos.

TOTAL DE PROCESSOS DISTRIBUÍDOS

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Resp	93.353	97.835	104.219	85.612	75.600	54.596	70.422
Ag	82.500	100.279	153.619	135.983	162.836	119.517	160.684
Outros	35.275	52.906	55.526	49.926	53.667	54.868	59.795
Total	211.128	251020	313364	271.521	292.103	228.981	290.901

**Total de Processos Distribuídos**



Portanto, analisando os dados estatísticos, conclui-se que o regime dos Recursos Especiais repetitivos criado pela Lei 11.672/2008 tem sido, de fato, essencial no resgate da célere prestação da tutela jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça.

4 CONCLUSÃO

A análise deste trabalho foi feita com base em um novo instituto introduzido em nosso ordenamento por meio da Lei 11.672/08, que adicionou o art. 543-C ao Código de Processo Civil. Trata-se do regime do Recurso Especial repetitivo, que tem como objetivo reduzir a subida de milhares de Recursos Especiais com fundamento em idêntica questão de direito que lotam os gabinetes dos ministros do STJ impossibilitando a célere e eficaz prestação jurisdicional.

Assim, foi simplificado e unificado o julgamento dos recursos repetitivos conferindo racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional a fim de garantir a concretização do preceito constitucional que estipula a razoável duração do processo sem ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa, que como vimos restaram garantidos primeiramente com a escolha de processos que tenham maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial, com a participação de terceiros no julgamento do recurso paradigma, bem como pela possibilidade de se recorrer da decisão de sobrestamento dos recursos especiais quando se configurar o *distinguishing* ou o *overruling*.

A questão da vinculação do precedente estabelecido no julgamento paradigmático ainda precisa ser amadurecida, pois não faz sentido a criação de todo um procedimento especial a fim de fixar

o entendimento do tribunal que tem como finalidade a unificação da jurisprudência acerca da legislação federal, se esse entendimento não precisa ser seguido pelos juízes e tribunais *a quo*.

Nesse sentido, o desabafo do Ministro Hamilton Carvalhido é mais do que percutiente:

O STJ foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que a sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao STF, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.³⁶

Por fim, analisando os dados estatísticos, conclui-se que o regime está verdadeiramente cumprindo seu papel, pois restou demonstrado que o número de Recursos Especiais distribuídos para julgamento no Superior Tribunal de Justiça tem reduzido expressivamente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Carreira J. E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, v. 162, ago. 2008, DTR\2008\531.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 185, jul. 2010, DTR\2010\496.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ – conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *RSTJ 157/17: REsp. 228.432-ED-AgRg*, palavras do Ministro na Seção da Corte Especial do dia 01.02.02. Disponível no site: <http://jus.com.br/revista/texto/21844/os-efeitos-do-recurso-especial-representativo-de-controversia-a-participacao-do-individuo-no-julgamento-coletivizado-e-a-inegavel-insercao-de-elementos-da-common-law-no-processo-brasileiro#ixzz215rqFo6I>.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, v. III, Bahia: Jus Podium, 13. ed. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos Especiais Repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. *Revista de Processo*, v. 163, set. 2008, DTR\2008\559.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Aruda Alvim. Org. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

NOGUEIRA, Daniel Moura. Anova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, art. 543-C, do CPC. *Revista de Processo*, v. 164, out. 2008, DTR\2008\635.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise Crítica do Julgamento “Por Atacado” No STJ (Lei 11.672/2008 sobre Recursos Especiais Repetitivos). *Revista de Processo*, v. 163, set. 2008. DTR\2008\550.

SERAU JR., Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. Recursos Especiais Repetitivos: aspectos da lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*, v. 166, dez. 2008. DTR\2008\710.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos Especiais Repetitivos: Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, v. 191, jan. 2011, DTR/2011/1131.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, v. 197, jul. 2011, DTR/2011/1808.

AMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a Repercussão Geral e os Recursos Especiais Repetitivos, e seus Reflexos Nos Processos Coletivos. *Revista dos Tribunais*, v. 882, abr.2009, DTR\2009\306.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia de. Sobre o Novo Art. 543-C do CPC: Sobrestamento de Recursos Especiais “com Fundamento em Idêntica Questão de Direito”, *Revista de Processo*, v. 159, maio 2008, DTR/2008/797.

SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

APPEAL-BARRING SUMMULAS

*Fernando Dutra Costa
Procurador Federal - 3ª Região - SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Capítulo 1: Valorização dos precedentes jurisprudenciais e o art. 518, § 1º, do CPC; 2 Capítulo 2: Súmula Impeditiva de Recurso; 2.1 Conceito e generalidades; 2.2 Natureza jurídica; 2.3 Relações entre os artigos 518, §1º, 285-A, 557, e 475, § 3º, do CPC; 3 Capítulo 3: Recorribilidade da decisão que aplica o art. 518, §1º, do CPC; 3.1 Razões de recurso fundadas na incompatibilidade da súmula aplicada ao caso concreto sentenciado (distinguishing); 3.2 Razões de recurso fundadas em circunstâncias que justificam o abandono do entendimento constante do enunciado sumular aplicado (overruling); 3.3 Recurso que objetiva combater nulidades processuais ou denunciar prescrição ou decadência; 3.4 Hipótese de sentença em cujas razões de decidir há mais de um fundamento; 4 Capítulo 4: Aplicação da sistemática do art. 518, §1º, do CPC a outros recursos; Referências.

RESUMO: estudo crítico sobre a possibilidade de o juiz de primeiro grau não admitir o recurso de apelação quando a sentença for fundada em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Súmula. Apelação. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: critical study about the possibility of the judge of first instance not admit the appeal when the judgment is founded in summula of the Supreme Court of Justice or the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Process. Summula. Appeal. Supremo Court of Justice. Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O estudo visa à análise e crítica acerca do §1º, do art. 518, do CPC, que estabelece a possibilidade do Juiz de primeiro grau não admitir recurso de apelação, quando a sentença estiver fundada em Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal e as implicações dessa técnica de sumarização processual no dia-a-dia dos jurisdicionados no manejo do processo civil.

Serão estudados aspectos que demonstram um produtivo e útil significado jurídico dessa técnica, pelo fato dela propugnar técnicas de valorização da jurisprudência, ao autorizar sejam inadmitidos recursos de Apelação evidentemente protelatórios já no exame de admissibilidade realizado pelo Magistrado de Primeiro Grau, diante de sua contrariedade ao quanto pacificado pelos Tribunais Superiores. Nesse sentido, a norma jurídica em questão, para além de sua função prática de sumarização dos procedimentos, pode ser entendida como mais um preceito de alvitramento para a comunidade jurídica, no sentido de que se deverá evitar a interposição de recursos de Apelação inviáveis, por refletirem entendimento contrário ao que já foi pacificado pelas Cortes.

A progressiva preocupação do Estado com a eficiência e economicidade da atividade jurisdicional trouxe para o ordenamento jurídico processual uma série de reformas, objetivando sempre a simplificação e aceleração do processo. A realidade trouxe a tona que os órgãos do Poder Judiciário passaram a enfrentar grandes dificuldades, pela pleora de processos, geradas naturalmente pela presença de uma série de direitos constitucionais garantidos pela Constituição Federal de 1988, os quais passaram a ser perseguidos por um número cada vez maior de pessoas.

Nesse contexto, o aumento progressivo dos processos em trâmite levou os órgãos jurisdicionais a uma situação de virtual inoperância. E, dado o maior tempo de espera por uma resposta judicial que os jurisdicionados passaram a experimentar em seus litígios, o Poder Judiciário passou a sofrer com um indesejável descrédito popular, o que afeta sensivelmente o próprio Estado enquanto mantenedor da ordem social.

Reclamando solução urgente, essa situação provocou um grande movimento da sociedade civil, associações de magistrados e de advogados, pugnando por modernizações na estrutura dos órgãos jurisdicionais e na legislação processual, em torno do que veio a ser chamado Reforma do Poder Judiciário, o que culminou na promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual veio positivar, em âmbito constitucional, princípios voltados à necessária adequação de procedimentos e aceleração

processual, inerentes a uma eficiente e útil prestação jurisdicional enquanto garantidora da entrega próprio bem da vida.

Assim, além de um aumento progressivo e massivo no número de órgãos jurisdicionais e a contratação de muitos juízes e servidores observados nos últimos anos, presenciamos a edição de grandes reformas no sistema processual, visando à sua modernização. Em relação ao Código de Processo Civil, observa-se que houve alterações setoriais importantes e de seu estudo decorre que o objetivo sempre está condizente com uma simplificação do procedimento, o reforço da ideia de instrumentalidade do processo a consecução de sua eficácia material com a maior celeridade possível.

O legislador já sinalizava forte preocupação com a eficiência do Poder Judiciário desde idos da década de 1990. Exemplos disso são a introdução no sistema processual civil da figura da tutela antecipada¹, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais com processo específico e mais simples, para o processo e julgamento especificados em lei² e a outorga de poderes ao relator para denegar seguimento aos recursos, quando eles forem manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou estiverem em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, ou dar-lhes provimento, quando a decisão recorrida está em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de outro tribunal superior³ (art. 557, do CPC).

Mais recentemente, cumpre lembrar das reformas do CPC que tiveram por objetivo limitações pontuais para o recurso de embargos infringentes, para o reexame necessário, julgamento do mérito da ação pelo tribunal nos casos de provimento de recurso de apelação contra sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito nos casos em que a matéria for unicamente de direito e estiver em condições de pleno julgamento, alterações na sistemática do recurso de agravo de instrumento, entre outras providências de simplificação e aceleração processual⁴.

Por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a introdução de alguns novos princípios vetoriais, muitos deles demonstradores dessa preocupação em se obter um processo mais eficiente e célere, consagrando o entendimento de que uma duração razoável do processo também é um direito fundamental da pessoa. São eles o Princípio da

1 Lei nº 8.952/94.

2 Lei nº 9.099/95; Art. 98, I, da CF/88.

3 Lei nº 9.756/1998.

4 Lei nº 10.352/2001.

Razoável Duração do Processo⁵, em que se deve garantir os meios para sua célere solução, Distribuição Imediata dos Processos⁶, e Ininterrupta Atividade Jurisdicional⁷. Ainda por força de tal Emenda Constitucional, determinou-se que deverá haver uma maior racionalização na distribuição dos magistrados pelo território nacional, com a sua distribuição levando-se em conta questões demográficas e de demanda processual⁸. Por outro lado, a emenda trouxe outras alterações, tais como aquelas que dizem com a sistemática do Recurso Extraordinário com criação do critério da “repercussão geral” para sua admissibilidade. A emenda ainda introduziu no cenário jurídico o instituto da “súmula vinculante”, o que tem servido para sepultar inúmeros litígios, em autêntica valorização do conteúdo da jurisprudência mais remansosa do Supremo Tribunal Federal⁹.

Por sua vez, o legislador ordinário passou a tratar de novas reformas do Código de Processo Civil, dessa vez já com vistas às diretrizes constitucionais do amplo acesso à Justiça e da célere prestação dos serviços jurisdicionais estabelecidas pela EC nº45/2004. Assim, passaram a ser editadas leis com esse renovado escopo constitucional. Foi editada lei modificadora do recurso de Agravo¹⁰; foi alterada a forma como se procede à liquidação e execução de sentença (fase de cumprimento de sentença), tornando o processo sincrético também na parte das condenações de pagar¹¹, a exemplo do que já havia sido feito com as obrigações de fazer ou não fazer e de dar¹²; decisão de improcedência liminar, com a introdução do julgamento imediato de processos repetitivos, fundado em precedentes do próprio juízo¹³; execução fundada em título extrajudicial¹⁴; admissibilidade de recursos restringida em função das chamadas “súmulas impeditivas” e saneamento de nulidades processuais em sede recursal¹⁵; simplificação do procedimento do inventário, da partilha e da separação consensual e do divórcio, possibilitando-se a sua realização por meio de escritura pública, embora com algumas reservas¹⁶.

5 Art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

6 Art. 93, XV, da CF/88.

7 Art. 93, XII, da CF/88.

8 Art. 93, XIII, da CF/88.

9 Art. 103-A da Constituição Federal e Lei 11.417/2006.

10 Lei 11.187/2005.

11 Lei 11.232/2005.

12 Lei 8.952/1994.

13 Lei nº 11.277/2006.

14 Lei nº 11.382/2006.

15 Lei nº 11.276/2006.

16 Lei nº 11.441/2007.

Além dessas alterações mais relevantes, há várias outras pontuais, as quais sempre estão voltadas para a aceleração processual e simplificação dos atos processuais. Para citar mais alguns exemplos, temos a possibilidade do reconhecimento de ofício da competência territorial, em que se conferiu ao juiz o poder de reconhecer de ofício a incompetência relativa¹⁷. Nesta mesma lei permitiu-se, também, o acolhimento da prescrição independentemente de argüição pelo interessado. Criou-se, ainda, vários marcos regulatórios que servem de base normativa para a progressiva utilização do processo eletrônico em todo o Judiciário brasileiro, como já vem ocorrendo¹⁸.

Pelo que verte deste pequeno apanhado com algumas das principais alterações legislativas na Constituição e no sistema processual, observa-se que o Estado, em atenção ao princípios da duração razoável do processo, lançará mão de seus mecanismos disponíveis visando a um amplo acesso ao Judiciário, celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

Especificamente dentro do contexto deste trabalho, cumpre observar que dentro desses mecanismos, percebe-se uma intensificação e o fortalecimento de instrumentos de aceleração processual fulcrados em técnicas de valorização da jurisprudência dos Tribunais.

Com efeito, já dentro do escopo específico deste trabalho, temos que a súmula impeditiva de recurso resulta do movimento de reforma do Poder Judiciário, na parte que se interessa pelas técnicas de aceleração processual, por meio de uma maior valorização dos precedentes jurisprudenciais produzidos pelos tribunais nas suas atividades uniformizadoras de jurisprudência.

Previsto no art. 513, do CPC, recurso de apelação é cabível para exercer insurgência contra a sentença. Nos termos do art. 515, “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”, que deverá conhecer e julgar “todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.” (art. 515, §1º). Ainda, “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.” (art. 515, §2º).

Como se vê, o curso natural do recurso de apelação tradicionalmente envolve sua apreciação pelo tribunal competente, em segundo grau de jurisdição. Os Tribunais são órgãos jurisdicionais com competência funcional para reapreciação das decisões proferidas pelos magistrados em primeira instância.

17 Lei nº 11.280/2006.

18 Lei nº 11.419/2006.

Cabe lembrar que o recurso é uma figura que encontra fundamento na natural possibilidade de erros de julgamento, próprio dos seres humanos, o que motiva, inclusive, a necessidade de sua análise por órgão diverso, de hierarquia jurisdicional superior, com competência revisional dos julgados. Ademais, “a irresignação quanto a uma decisão é algo bastante natural, e, por isso mesmo, os sistema processuais normalmente apresentam forma de impugnação das decisões judiciais, autorizando a revisão de atos judiciais”.¹⁹

Assim, justifica-se a existência de tribunais com competência para apreciação dos recursos na Constituição Federal, a fim de se garantir o respeito ao direito constitucional de ampla defesa e recursos a ela inerentes. A própria previsão da existência de Tribunais na estrutura jurisdicional nacional compreende a ideia do seu acesso pelo jurisdicionado à via recursal, que deverá ser viabilizado nos termos da lei processual e da própria Constituição. A título de exemplo, o art. 108, II da Constituição Federal, que estabelece a competência dos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição e a previsão de existência de tribunais estaduais com competência recursal a respeito das decisões proferidas pelos juízes estaduais (art. 92, VII, da CF/88, entre outros).

Portanto, temos que a competência para o processo e julgamento do recurso de apelação foi cometida aos tribunais em segundo grau de jurisdição, sendo este o seu *juiz natural*.

Entretanto, com vistas à ideia de aceleração processual e valorização dos precedentes já produzidos pelos tribunais, é parte das recentes reformas do sistema processual civil a possibilidade do magistrado obstar a remessa do recurso de apelação à instância superior, atendidos alguns requisitos que dizem exatamente com essa valorização da jurisprudência consolidada em tribunais superiores e expressada em enunciado de súmula.

A lei n.º 11.276/2006 introduziu o § 1º no art. 518 Código de Processo Civil para criar a sistemática da súmula impeditiva do recurso de apelação.

O mencionado dispositivo processual inovador está assim disposto:

Art. 518 - Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507

§ 1o 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.

Numa leitura rápida do dispositivo em comento, percebe-se que a nova sistemática criada, a pesar objetivar valorização de precedentes jurisprudenciais, somente o faz em relação a enunciado de súmula produzida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Percebe-se que o Legislador houve por bem não conferir ao magistrado em primeiro grau de jurisdição os mesmos poderes que foram outorgados ao relator, no tribunal, nos termos do art. 557 e seu §1º, do CPC. Segundo estes dispositivos legais, é possível dar ou negar provimento a recurso, conforme a súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, observa-se, também, que somente enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal poderá ser levado em consideração na análise do cabimento do art. 518, §1º, do CPC. O magistrado não poderá se utilizar de enunciado de súmula do tribunal de segundo grau para os fins do mencionado dispositivo processual²⁰.

Ou seja, ao estabelecer os requisitos necessários a serem atendidos pelo magistrado em primeiro grau para não recebimento de apelação, o legislador prevê critérios baseados tanto na hierarquia da fonte da jurisprudência, quanto no procedimento de formação dessa jurisprudência. Quanto a hierarquia, optou-se por deferir o uso apenas de súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Quanto à forma de produção dessa jurisprudência, exige-se que o precedente esteja sumulado, ou seja, que ele tenha passado pelo rigoroso processo de formação dos enunciados da súmula desses tribunais superiores.

Dificuldades passam a se apresentar quando se passa a analisar a compatibilidade desse dispositivo legal com a Constituição, especialmente no que diz com os princípios da ampla defesa, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

Além disso, temos que a decisão do magistrado nos termos do §1º, do art. 518, do CPC, é recorrível. É cabível o recurso de agravo de instrumento contra tal decisão, com base no art. 522, do CPC, pois se trata de decisão proferida em momento posterior à prolação da sentença.

20 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v. 2, comentários sistemáticos às Leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 16-2-2006. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 43.

É cabível a crítica sobre a recorribilidade desse tipo de decisão, o que, em princípio, esvazia esse instrumento de aceleração processual²¹.

Por meio deste recurso, e considerando que os casos concretos normalmente são multifacetários e nem sempre terão adequada interpretação pelo próprio magistrado sentenciante, se poderá impugnar a decisão proferida, visando a demonstrar que a conclusão jurídica refletida na súmula de algum daqueles tribunais superiores referidos no art. 518, §1º, do CPC, não seria adequada ao caso concreto (*distinguishing*). Ainda, é de ser sustentado o acesso da parte ao tribunal, pois sabe-se que os precedentes jurisprudenciais não são eternos. Eles podem sim evoluir e mudar ou ser cancelados, conforme evolui e muda a própria sociedade, a legislação e a própria Constituição, além dos próprios entendimentos produzidos pela ciência jurídica. Assim, é direito do jurisdicionado, o que é saudável para o próprio sistema, discutir a validade do próprio enunciado, em autêntica rediscussão do conteúdo do enunciado (*overruling*).

CAPÍTULO 1: VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS E O ART. 518, §1º, DO CPC

No Brasil, durante as últimas décadas, passaram a ser assegurados inúmeros direitos constitucionais, tal como previstos na Constituição atual e suas emendas. Além disso, são notáveis os desdobramentos que decorrem da modernização da legislação infraconstitucional, resultou na previsão de inúmeros novos direitos. Exemplos disso é o extenso rol de direitos fundamentais previstos no corpo da Constituição, direitos trabalhistas, do consumidor, direitos atinentes ao meio ambiente, tutela de relações de menor valor econômico, etc. Além disso, é notável o desenvolvimento progressivo da sociedade, das tecnologias, e das ideias de proteção do meio ambiente.

Num ambiente como esses, é natural observar um aumento importante de litígios. E isso reclama do Estado uma prestação jurisdicional que esteja suficientemente aparelhada para enfrentar o aumento do número de processos. Entretanto, a prática demonstrou que os órgãos jurisdicionais passaram a sofrer com um alto número de processos ajuizados, o que tem provocado uma demora excessiva na entrega da prestação jurisdicional. E essa situação de demora, em muitos casos, tem significado um esvaziamento da própria prestação jurisdicional pleiteada, ou uma redução importante de sua eficiência,

21 BUENO, op. cit., p. 44

o vem motivando um grande e indesejável descrédito por parte dos jurisdicionados em relação ao Poder Judiciário.

Assim, a legislação processual vem enfrentando alterações importantes, o que tem revelado uma preocupação em trazer ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional mais eficiente e rápida, a fim de garantir a utilidade do próprio bem da vida objetado no processo.

Essas alterações podem ser identificadas pela sua adequação a especificidades do direito discutido, pela possibilidade de tratamento coletivo dos direitos, pela presença de características que autorizam uma amplificação formidável dos poderes do juiz com a concessão de liminares que promovem o cumprimento antecipado de algumas prestações, e pela aceleração processual mediante a utilização de instrumentos de valorização de precedentes pacificados no âmbito dos tribunais. Cita-se como exemplos o instituto da tutela antecipada, as técnicas de defesa coletivizada de direitos coletivos, as modificações realizadas para a simplificação do processo a fim de tornar mais rápido o cumprimento das decisões e da tutela executiva e a previsão de órgãos judiciais com processo específico e mais simples para o trato de causas de pequeno valor e as técnicas de aplicação de precedentes jurisprudenciais para impedir admissão de recursos, julgamento monocrático de recursos, técnica de repercussão geral no recurso extraordinário, súmulas vinculantes, entre outros.

É impossível esgotar-se esse tema neste trabalho. Por isso, vamos nos concentrar em uma das várias alterações da legislação processual que visam a uma entrega mais rápida da prestação jurisdicional.

Comentários à parte merecem as modificações realizadas no procedimento e cabimento dos recursos. Tais modificações vem sendo empreendidas no sistema processual com o objetivo de tornar o processo mais rápido como um todo, simplificando seu procedimento e evitando-se a interposição de recursos meramente protelatórios, que, na prática, não terão o condão de alterar a realidade do processo, em face da força persuasiva dos precedentes jurisprudenciais de conteúdo pacificado nos tribunais.

De fato é comum haver multiplicidade de litígios que possuem características idênticas, o que atrai a lógica da aplicação justa do mesmo entendimento já consolidado nos tribunais a todos os demais casos ainda pendentes. Em tais situações, a prática demonstra que é muito comum que argumentos jurídicos colidentes serem idênticos. Ainda, é comum até mesmo prever com segurança o desfecho de tais processos, em face do que já é pacificado nos tribunais superiores.

Ora, se o litígio é idêntico a muitos outros já julgados pelo Judiciário em número bastante para formar uma remansosa jurisprudência, por que não conferir um tratamento mais rápido a tais casos, com o

proferimento de decisão que reflete o entendimento pacífico, mediante um procedimento mais simples que impeça a repetição recursal e de argumentos já exaustivamente discutidos?

Vale mencionar que o Estado, em sua função jurisdicional, e em seu dever de cumprir a Constituição, especialmente o princípio da razoável duração do processo, deve criar mecanismos que evitem a “perda de tempo e gasto processual sujeitar-se a recurso uma sentença que, afinal, viria a prevalecer quando a apelação chegasse à instância superior.”²²

Nesse sentido, se faz premente a criação de mecanismos que tendam a valorizar a jurisprudência pacificada nos tribunais, evitando-se cansativo, demorado e oneroso processo, cuja tramitação exaustiva somente causará prejuízo ao titular do direito e contribuirá para o emperramento da máquina judiciária. E isso se compatibiliza com a Constituição, tendo em vista o já mencionado princípio que confere ao jurisdicionado não só o direito a um processo, mas, também, a uma entrega rápida de uma tutela eficiente, preservando-lhe a máxima utilidade.

A lei 11.276/2006 introduziu no Código de Processo Civil alterou o §1º e incluiu o §2º no art. 518, do CPC, para tratar da possibilidade do magistrado não admitir recurso de apelação, quando sua sentença estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Essa sistemática vem sendo chamada “súmula impeditiva de recurso” e é mais um dos instrumentos processuais que revelam a intenção do legislador no sentido da consagração das técnicas de maximização da força persuasiva da jurisprudência consolidada como ferramenta de aceleração procedimental.

CAPÍTULO 2: SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

2.1 Conceito e generalidades

Vale lembrar que súmula, conforme o entendimento de Nery Junior²³, “é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados”.

Assim, um enunciado de súmula é a síntese que define o posicionamento pacífico, ou, pelo menos, majoritário e repetitivo, do tribunal acerca de determinado tema. Por assim ser, a súmula é um

22 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 668.

23 NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 788.

pronunciamento jurídico que possui especial força persuasiva, útil a orientar os trabalhos dos órgãos jurisdicionais, da Administração Pública e da comunidade jurídica em geral.

A chamada súmula impeditiva de recurso estaria entre as novidades que constariam da EC nº 45/2004. Entretanto, a matéria ficou pendente de ser discutida em outra proposta de emenda, a qual tomou o nº 358/2005, que ainda tramita no Congresso.²⁴ Não obstante isso, o instituto foi introduzido no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.276/2006, com a inclusão do §1º ao art. 518, do CPC. E, na forma positivada no Código, a chamada súmula impeditiva de recurso consiste na sistemática de aceleração processual, segundo a qual se possibilita ao magistrado de primeiro grau, quando da análise dos requisitos processuais de admissibilidade recursal, não receber o recurso de apelação, quando sua sentença estiver compatível com a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

O dispositivo legal mencionado ficou escrito da seguinte forma: “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.” A expressão “não receberá” que consta do dispositivo parece ter caráter impositivo. Ou seja, ao passo que ele decidir conforme enunciado de súmula daqueles tribunais superiores, estaria ele obrigado a proceder ao não recebimento de eventual recurso de sua sentença.

Essa aparente obrigatoriedade não se aplica a todos os casos. Cassio Scarpinella Bueno²⁵ argumenta que :

Não obstante a peremptoriedade do texto legal, não me parece que o juízo, diante do fato objetivo de ter proferido sentença com base em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deve rejeitar, sempre e em qualquer caso, o recurso. O melhor é permitir, consoante o caso concreto, que o recurso seja enviado à superior instância. E quais são esses casos? Penso que o trânsito do recurso deve ser admitido quando o recorrente trazer alguma (nova) razão que sensibilize, suficientemente, o julgador que aplicou a súmula. Ou pelas peculiaridades fáticas do caso ou, até mesmo, pela forma de abordagem da questão jurídica, reputo indispensável que se criem condições para que se dê esta possibilidade de abertura de uma renovada discussão do caso, o que, em última análise, será responsável para manter vivo o debate da questão jurídica, afastando-se, com isto, uma das maiores críticas à

²⁴ BUENO, op. cit., p. 33.

²⁵ Ibid. p. 37

adoção das súmulas impeditivas de recurso, que é o “engessamento” do Judiciário, em especial das instâncias inferiores.

O procedimento da súmula impeditiva de recurso reclama máximo cuidado por parte do magistrado. Trata-se de norma que impõe perigosa restrição a vários direitos constitucionais, especialmente o da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Por isso, em seu exame de admissibilidade para efeito do dispositivo processual aqui tratado, o juiz deverá observar se o caso julgado resolve-se totalmente na aplicação do enunciado da súmula. É que é muito comum a existência de lides em que há uma diversidade importante de fundamentos e questões. Como o recurso de apelação devolve ao tribunal superior o conhecimento de todas as questões suscitadas e fundamentos levantados, ainda que não discutidos integralmente na sentença (art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC), o juiz deverá verificar se o recurso possui viabilidade que torne interessante seu conhecimento pelo tribunal.

De outra parte, uma boa atividade jurisdicional recomenda o recebimento do recurso de apelação onde a parte ataca os próprios fundamentos da súmula aplicada na sentença com argumentos inovadores, ainda não discutidos suficientemente no dia-a-dia forense.

Daniel Amorim Assumpção Neves²⁶, citando Cassio Scarpinella Bueno, sustenta que

Tratando-se de norma restritiva de direito - uma vez que retira o duplo grau de jurisdição no caso concreto -, a interpretação também deve ser feita de forma restrita, cabendo ao juiz receber o recurso se perceber que, a pesar de fundamentar sua decisão em súmula dos tribunais superiores, existe na demanda judicial alguma especialidade digna de nota que torna interessante a revisão da decisão pelo tribunal de segundo grau. Também parece interessante o recebimento do recurso sempre que o recorrente rebater o acerto do conteúdo da súmula com argumentos inovadores e ainda não suficientemente discutidos na praxe forense, ou ainda quando a sentença tiver mais de um fundamento, sendo que nem todos apliquem a súmula dos tribunais superiores.

Ainda, o juiz deve receber o recurso de apelação da parte que, a pesar de não combater os fundamentos da súmula aplicada, sustenta que o objeto da causa não se adegue ao conteúdo da súmula, havendo demonstração razoável neste sentido.

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2012. p. 650.

Cumprido, por outro lado, lembrar que a EC nº 45/2004 introduziu o art. 103-A no corpo da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela lei nº 11.417/2006, que teve por objetivo a criação da sistemática de edição, alteração e cancelamento das súmulas vinculantes, as quais, nos termos do mencionado dispositivo legal, possuem “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Por expressa disposição do art. 103-A da Constituição Federal, as súmulas aprovadas nos termos nele previstos terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública em quaisquer de seus níveis. Neste caso, o juiz, além de ser obrigado a respeitar o conteúdo da súmula vinculante em sua sentença, deverá deixar de receber recurso de apelação contra sua sentença, quando não ocorrerem as hipóteses acima mencionadas pelo professores Scarpinella e Daniel Amorim.

É oportuno mencionar que Nelson Nery Júnior²⁷ entende que, acaso considerada constitucional a sistemática da súmula impeditiva de recurso, ela merece interpretação conforme a constituição, para limitá-la a situações em que foi aplicada súmula vinculante. Segundo ele, “ainda que se considere válida e eficaz a disposição do art. 518, §1º, não é aplicável a qualquer situação de recurso contrário à súmula, mas apenas quando o for relativamente à súmula vinculante do STF.” Ele acrescenta que “Essa é a interpretação que nos parece estar conforme a CF, o que tornaria a norma comentada constitucional. O projeto de emenda constitucional que se encontra no Congresso Nacional (PEC 358/05) prevê a súmula impeditiva de recurso, mais ou menos no mesmo sentido.”²⁸

Seja como for, a decisão baseada no dispositivo legal aqui comentado é atacada por recurso de agravo de instrumento. Neste recurso, o recorrente poderá, além de sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo que regulamenta a súmula impeditiva de recurso, sustentar que a súmula aplicada não é adequada ao caso concreto, ou seja, que dele distingue-se. Outrossim, poderá demonstrar que o caso contempla uma diversidade de questões não albergada totalmente pelo conteúdo da súmula. Ainda, ele poderá alegar que os fundamentos desta súmula não se sustentam, mediante uma argumentação inovadora, ainda não abordada de forma ampla e suficiente, buscando-se autêntica superação do enunciado.

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 1033.

²⁸ *Ibid.* p. 1034.

2.2 Natureza jurídica

Há dúvidas na doutrina a respeito da natureza jurídica da decisão que deixa de receber o recurso de apelação nos termos do preceituado pelo art. 518, §1º, do CPC. A questão é relevante, pois, conforme ensina Freddie Didier, “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 conseqüências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação. No primeiro, julga-se esta admissível ou inadmissível; no segundo, procedente ou improcedente.’”²⁹

Em breve síntese, juízo de admissibilidade consiste no exame de requisitos que o recurso deve atender, para que esteja apto a ser julgado pela instância “ad quem”. Ou seja, o recurso deve atender as regras atinentes ao seu cabimento, interesse e legitimidade para sua interposição, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e preparo. Juízo de mérito, por seu turno, diz com a apreciação do objeto litigioso conduzido pelo recurso.

A questão que aqui se coloca em relação à regra disposta no art. 518, §1º, do CPC, é se ela criou novo requisito de admissibilidade ou se ela é autêntica autorização legal conferida ao magistrado de primeira instância para ingresso no mérito recursal.

A doutrina majoritária entende que o dispositivo legal criou novo pressuposto recursal de admissibilidade específico do recurso. Ou seja, o mérito recursal não seria analisado pelo juiz. Ele cuidaria, apenas, de observar se sua decisão encontra amparo na súmula, seja do STJ, seja do STF, e que essa súmula é motivo suficiente para sepultar toda a discussão do mérito recursal.

Cassio Scarpinella Bueno³⁰ alia-se à corrente que sustenta trata-se de juízo de admissibilidade, argumentando da seguinte forma

Preferível, até como forma de manter mais íntegro possível o sistema processual civil, entender que a baixíssima (ou nula) probabilidade de êxito no recurso é caso de sua *inadmissão* e não de seu *improvemento*. A uma, porque disso caberá recurso para contrastar o não recebimento do recurso [...]. A duas, porque a constitucionalidade do dispositivo, caso se entendesse que ele dá ao juízo prolator da decisão recorrida competência para julgar o recurso dela interposto, esbarraria às

29 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condição da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24.

30 BUENO, op. cit., p. 39

claras, no ‘modelo constitucional de processo civil’. A três, porque é a própria lei que se refere ao não recebimento do recurso (‘juízo de admissibilidade’), coisa bem diferente do julgamento do recurso (‘juízo de mérito’).

Entretanto, há opiniões muito razoáveis que entendem se tratar de autêntico julgamento do mérito do recurso.

De fato, é difícil sustentar que o juiz não faz juízo de mérito da apelação tão somente por ser de órgão de primeira instância. Se ele deve necessariamente analisar o mérito recursal em face do teor da sentença, a fim de estabelecer se o inconformismo se dá contra a parte da sentença que está ancorada na súmula, ele praticamente analisa o mérito do próprio recurso.

Fátima Nanci Andrighi³¹, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, entende que:

Em verdade, a Lei 11.276/06 ao incluir no art. 518 do CPC dois parágrafos, inseriu em nosso ordenamento jurídico uma inovação processual significativa, qual seja, o exercício do juízo de mérito pelo próprio prolator da decisão.

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina³² sustentam, em trabalho conjunto, que “a rigor, nesse caso, o recurso não é indeferido em razão da ausência de um dos requisitos de admissibilidade, já que saber se a sentença está ou não em consonância com um entendimento sumulado pelo STF ou pelo STJ é questão atinente ao juízo de mérito”.

Daniel Amorim Assumpção Neves³³ sustenta que o magistrado de primeiro grau ingressa no mérito do recurso de apelação afirmando o seguinte:

Afirmar que a apelação não será recebida se a sentença estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores exige do juízo de primeiro grau uma análise do conteúdo do recurso à luz do teor da sentença, o que me parece ser julgamento de mérito. A mostra disso

31 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Lei 11.276/06 - Inadmissibilidade da apelação contra sentença que se conforma com Súmula do STJ ou STF. Brasília, DF. In: *AS NOVAS REFORMAS DO PROCESSO CIVIL*, 2006, Brasília. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2299>>. 2006.

32 Cognição limitada do mérito da apelação pelo juízo de primeiro grau (art. 518, § 1º, do CPC). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 238-239.

33 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2012. p. 650.

é que, a par da confusa redação do art. 557, *caput*, do CPC, a melhor doutrina entende que o julgamento monocrático do relator na hipótese de sentença em conformidade com súmula de tribunal superior seja de não provimento do recurso, ou seja, julgamento de mérito recursal. Não é possível que a mesma matéria, somente porque analisada por órgãos jurisdicionais de diferentes graus, seja ora considerada matéria de admissibilidade, ora matéria de mérito. A matéria é sempre de mérito, ainda que o legislador crie uma ficção jurídica de que no primeiro grau seja matéria de admissibilidade, sob pena de ter que confessar que o juízo de primeiro grau passou a julgar o mérito da apelação, o que seria uma tragédia para o sistema recursal brasileiro.

Assim, em que pese a doutrina majoritária tratar a aplicação do § 1º, do art. 518, do CPC, como parte do exame de admissibilidade do recurso, temos que parece ser mais razoável o entendimento no sentido de que se trata de exame do mérito. Afinal, com o exame da apelação à luz da sentença, o juiz necessariamente ingressará no mérito recursal para observar se o inconformismo se dá em face do conteúdo decisório que aplicou a súmula. Essa atividade equivale a verdadeiro improvimento da apelação no mérito, com sustentação jurídica na súmula na qual baseou-se a sentença.

Vale observar que, a prevalecer o entendimento de que o juiz, em primeiro grau de jurisdição, efetivamente ingressa no mérito do recurso, o dispositivo processual em comento pode ter sua constitucionalidade fragilizada. Como mencionado pelo professor Scarpinella, esse entendimento “esbarraria, às claras, no modelo constitucional do processo civil”³⁴. Assim, segundo alguns, há aparente ofensa aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

2.3 Relações entre os artigos 518, §1º, 285-A, 557, e 475, §3º, do CPC

As técnicas de aceleração processual que fundam-se em valorização de precedentes jurisprudenciais não se limitam a apenas àquela prevista pelo art. 518, §1º, do CPC. De fato, essas técnicas não são novidade em nosso sistema processual.

O art. 557, do CPC, já previa sistemática de aceleração processual, baseada na valorização da jurisprudência dominante no âmbito dos tribunais. Tal dispositivo prevê que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo

34 BUENO, op. cit., p. 39

tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Já o §1º-A do mesmo dispositivo legal estabelece que se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Entretanto, os dispositivos em questão guardam algumas diferenciações. Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o art. 557 do CPC viabiliza expressamente a existência de decisão de mérito por parte do relator, substituindo o órgão fracionário competente para o julgamento do recurso no tribunal. Já o art. 518, §1º, do CPC, trata de mera inadmissibilidade do recurso por parte do juízo de primeiro grau, embora, como argumentado no capítulo anterior, essa atividade seja considerada verdadeiro juízo de mérito do recurso.

Além disso, esse dispositivo permite uma utilização ainda mais ampla de precedentes. Enquanto o §1º, do art. 518, exige que o precedente aplicado na sentença seja sumulado e proveniente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, o art. 557, *caput*, do CPC, autoriza seja negado seguimento ao recurso por parte do relator quando o recurso estiver em confronto com precedente sumulado ou *jurisprudência dominante*, ainda que não sumulado. Ainda, o dispositivo prevê que o precedente ou súmula seja do *próprio tribunal local*, além do Supremo Tribunal Federal ou outro tribunal superior. Já o §1º-A, do art. 557, do CPC, é mais restritivo que o *caput* e autoriza o provimento do recurso, no caso em que a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores e do STF, mas *não* do próprio tribunal local.

É entendimento pacífico de que o art. 557, do CPC, traz delegação da competência do órgão fracionário do tribunal, atribuindo-a ao relator, nos casos autorizados pelo dispositivo³⁵. E isso tem evidente finalidade voltada para um alívio dos órgãos colegiados dos tribunais, notoriamente assoberbados pela pleora de processos judiciais que naturalmente tem resultado do pleno acesso à justiça e da insuficiente estrutura física e de pessoal dos órgãos jurisdicionais.

Cumpre observar, também, que, ao contrário do art. 518, §º, do CPC, o art. 557 traz um dispositivo preocupado com sua efetividade. Trata-se da possibilidade de aplicação de multa, para o caso do recurso de agravo, previsto pelo art. 557, §1º, ser considerado protelatório. Trata-se de multa específica, cuja aplicação fica autorizada ao tribunal, sendo que não há disposição que possibilite tal reprimenda por parte do juiz

35 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 573.

de primeiro grau, ainda que considere o recurso de apelação trancado expediente meramente protelatório.

Também cabe comentar a respeito do art. 475, § 3º, do CPC. Tal dispositivo trata do reexame necessário³⁶. Segundo seu texto, dispensa-se o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. O dispositivo em questão dispõe de forma mais ampla do que possibilita o §1º, do art. 518, do CPC. Note-se que o reexame é dispensado quando a sentença está fundada em *jurisprudência do plenário* do STF. Ainda, autoriza sua aplicação quando a sentença fundamenta-se em súmula do STF ou do *tribunal superior competente*. Em relação a esta última expressão, “tribunal superior competente”, Cassio Scarpinella Bueno³⁷ aduz que:

O emprego, pelo legislador, de iniciais minúsculas para descrever o editor da ‘súmula impeditiva do reexame necessário’ sempre me pareceu comportar interpretação no sentido de que se trata de súmula de qualquer órgão colegiado, mesmo o ‘competente’ para apreciação da matéria em segundo grau de jurisdição e, por isto, não apenas súmulas dos Tribunais Superiores (com iniciais maiúsculas), a denotar o Supremo Tribunal ou o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, cumpre advertir que no caso do reexame necessário não cabe interpretar a expressão «jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal» extensivamente. Trata-se de norma que restringe regra de proteção da Fazenda Pública que visa ao atendimento do princípio da isonomia em seu plano substancial. Assim, sua interpretação sempre será restritiva e a “jurisprudência dominante” admissível para os fins do art. 473, § 3, do CPC, deverá ser aquela produzida apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária. Assevera o professor Cassio Scarpinella Bueno que “A ‘jurisprudência’ que dispensa o reexame é só a do Plenário do Supremo Tribunal Federal e não a dos demais tribunais superiores, aí incluídos o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segundo grau de jurisdição.”³⁸

36 Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

37 BUENO, op. cit., p. 43.

38 BUENO, op. cit.

Já o art. 285-A autoriza ao juiz de primeiro grau o proferimento de sentença de improcedência, dispensada a citação do réu, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, devendo-se reproduzir o teor da sentença já proferida antes. Esse dispositivo é curioso. Enquanto os mecanismos de aceleração processual mencionados acima, que se dirigem aos recursos, possuem diversas restrições, tanto quanto à *hierarquia do precedente*, quanto a sua qualidade, o mecanismo de aceleração disposto no art. 285-A é muito menos restritivo e requer apenas a existência de decisões já proferidas em casos semelhantes já julgados *no mesmo juízo em primeiro grau*. Isto é, nos casos acima citados, a lei processual exige que o precedente seja de “tribunal superior”, do “Supremo Tribunal Federal”, etc., e que esteja refletido em súmula ou resulte de consenso que possa qualificá-lo como “jurisprudência dominante”. Entretanto, no caso do art. 285-A, do CPC, o legislador autoriza o magistrado a proferir julgamento liminar baseando-se, apenas, em julgados que ele mesmo tenha proferido anteriormente, respeitada a necessidade de que a matéria controvertida seja unicamente de direito.

Esse dispositivo legal é muito interessante, visto que, na prática, ele suprime quase toda a atividade processual em primeira instância, diferindo-a ao jugo do tribunal, que deverá julgar a ação em grau de apelação. Isso porque, se o autor interpuser recurso, o réu será citado para responde-lo³⁹.

Sua aplicação é uma ferramenta muito útil em determinadas situações. A prática revela haver uma plethora de causas repetitivas em lides contra a Fazenda Pública, por exemplo, em que a matéria costuma ser exclusivamente de direito. Inclusive, é muito comum os magistrados valerem-se de sentenças padronizadas para esses casos, o que desnuda verdadeiro dispêndio desnecessário das fases próprias do processo de conhecimento nesses casos, os quais serão mesmo julgados de forma idêntica. Assim, bastando que o magistrado tenha proferido mais de uma sentença em caso semelhante⁴⁰, em homenagem ao princípio da economia processual, pode-se-á lançar mão dessa técnica de aceleração processual para desafogar os trabalhos de sua vara, tendo em conta a lógica segundo

39 Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

40 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo*, parágrafo por parágrafo. p. 653.

a qual as decisões a serem proferidas mesmo depois de um exaustivo processo de conhecimento possuem alto grau de restarem sem alterações de entendimento na atividade decisória.

CAPÍTULO 3: RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE APLICA O ART. 518, § 1º, DO CPC

A decisão que deixa de admitir o recurso é proferida em momento posterior à sentença. Dessa forma, o recurso cabível contra tal decisão é o agravo de instrumento, interposto diretamente perante o tribunal competente para o julgamento do recurso inadmitido (art. 522, 2ª parte, do CPC). Aliás, cumpre observar que o agravo na forma retida é absolutamente inadequado para o tratamento da situação, tendo em vista que não haverá oportunidade para sua apreciação pela instância superior, diante da sistemática processual prevista para seu processo e julgamento que limita sua utilidade à existência de um recurso de apelação devidamente conhecido pelo tribunal. Também não será possível a conversão do agravo de instrumento em retido por parte do tribunal (art. 527, II, do CPC), justamente por se tratar de recurso contra decisão proferida em momento posterior à prolação da sentença.⁴¹ Além do agravo, cabe, também, o recurso de embargos de declaração.

Interposto o agravo perante o tribunal, o magistrado de primeiro grau terá a oportunidade de exercer juízo de retratação e receber o recurso de apelação anteriormente inadmitido (art. 523, § 2º, do CPC).

No recurso de agravo de instrumento, o recorrente deverá impugnar a decisão que obstou o recurso de apelação, podendo argumentar que a interpretação dada pelo magistrado à súmula considerada na sentença não é adequada. Outrossim, poderá argumentar que ela não é aplicável ao caso concreto, dado a especificidades deste que o colocam total ou parcialmente fora do conteúdo jurídico do precedente. Ainda, é cabível argumentação no sentido de que o precedente aplicado já está a ser superado em razão da própria evolução do direito posto, das teses jurídicas, ou mesmo em decorrência do permanente movimento de mutação constitucional. É também cabível o recurso para acusar a existência de nulidades processuais, prescrição ou decadência. Ademais, “se a sentença afirma o entendimento contido em súmula do STF ou do STJ, não há razão para admitir que a parte possa se limitar a interpor

⁴¹ MACHADO, op. cit., p. 1023.

a apelação reiterando argumentos definidos na súmula e consolidados no tribunal a que recorre. Em tais circunstâncias, a abertura de uma livre oportunidade para a interposição da apelação, não só traria prejuízo ao direito fundamental à duração razoável do processo, como também ocasionaria um acúmulo despropositado de recursos e processos nos tribunais.⁴²

3.1 Razões de recurso fundadas na incompatibilidade da súmula aplicada ao caso concreto sentenciado (*distinguishing*)

Em primeiro lugar, é essencial observar que nem sempre a *ratio decidendi* que serviu de base conformadora do entendimento sumulado é, ou pelo menos pode ser, diferente da *ratio decidendi* discutida e decidida na sentença. Ou seja, aqui trata-se do necessário cuidado com a interpretação do texto do enunciado da súmula isoladamente, o que torna possível que sua aplicação se dê a casos diferentes daqueles julgados e que motivaram a edição da súmula em questão.

Portanto, o recorrente deverá observar se a hipótese contemplada na súmula é compatível com o caso concreto julgado, a partir da análise dos precedentes motivadores da edição do enunciado sumular. Isso porque não se pode aplicar o §1º do art. 518, do CPC, se o enunciado da súmula aplicado, a pesar de mencionado na sentença, ou na decisão que não recebe o recurso, não possui identidade jurídica com a solução apresentada na decisão, mesmo esta tendo meramente declarado que adota a mesma solução jurídica proposta pela súmula.

Por outro lado, o recorrente deve analisar se a tese jurídica contida no enunciado da súmula do STF ou do STJ são mesmo suficientes para, isoladamente, sustentar o conteúdo da sentença. Vale repetir que a norma do §1º, do art. 518 do CPC, é uma séria limitadora do direito de recorrer. Nesses casos, não há como se impedir a via recursal se a súmula aplicada não é suficiente para sepultar a lide de forma completa.

Outrossim, comumente os casos concretos possuem particularidades que podem exigir interpretação mais flexível das súmulas. Vale repetir que os precedentes que orientaram a produção da súmula servem de norte para essa avaliação, visto que o caso julgado, a pesar de ser semelhante, poderá possuir algumas características que

42 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista atualizada e ampliada, p. 540.

podem ser suficientes para um eventual afastamento da solução apontada pela súmula.

Também é importante observar que grande parte dos casos concretos possui um extenso e complexo material fático, que deve ser analisado e interpretado pelo magistrado que julgará a causa. E, muitas vezes, as questões de fato são altamente controvertidas e prejudiciais ao direito discutido no processo. Nesses casos, é descabido o não recebimento do recurso de apelação com base no dispositivo processual contido no § 1º, do art. 518 do CPC. Isso porque essas situações logicamente jamais poderão estar perfeitamente albergadas num preceito de súmula e nem sequer nos precedentes que lhe serviram de base, o que impede até mesmo que a sentença pura e simplesmente deixe de analisar detidamente cada fato relevante e declare mera aplicação de enunciado de qualquer súmula.

Ou seja, quando a matéria decidida não é apenas de direito, havendo controvérsia fática prejudicial decidida na sentença, o recurso de apelação não poderá ser obstado pelo magistrado em primeiro grau, visto que situação como esta logicamente não se compatibiliza com o preceituado no §1, do art. 518, do CPC.

A técnica acima discutida, que pugna o afastamento da aplicação de precedente jurisprudencial consolidado a caso concreto diferenciável da generalização promovida pelo precedente é parte do sistemas common law e é chamada *distinguishing*.

Distinguishing é uma técnica do common law que autoriza o afastamento do precedente quando é demonstrada sua incompatibilidade com o caso concreto. A pesar de formalmente compatível, o caso sub judice possui particularidades capazes de afastar a solução contida na súmula, sem que isso signifique invalida-la.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier⁴³, através do “*distinguishing*”:

O tribunal faz referência ao precedente e diz que este seria literalmente aplicado ao caso que deve ser julgado. Entretanto, por causa de uma peculiaridade que existe nesse caso e não exista no outro, a regra deve ser reformulada para se adaptar a essa circunstância.

Vale lembrar que as súmulas em geral possuem como requisito lógico para sua formação a preexistência de reiteradas decisões sobre a matéria envolvida. É exigível que a matéria veiculada na súmula

43 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common Law. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, 2009. p. 136.

tenha sido objeto de amplo e exaustivo debate e discussão no âmbito do tribunal. A produção de uma súmula baseada em decisão judicial isolada não é admissível.

Segundo esse raciocínio, portanto, é válido admitir-se a aplicação de enunciado de súmula para a solução acelerada de processos cujo objeto é idêntico. E esse é o argumento central da técnica de valorização da jurisprudência como ferramenta de aceleração processual.

Ocorre que o exame do caso concreto à luz da súmula depende de uma análise que vai além da proposição formalmente enunciada no verbete sumulado. Isso porque seu conteúdo é muito melhor compreendido quando se examina os precedentes conformadores da conclusão estratificada no enunciado da súmula tratado.

Esse exame que se estende aos precedentes considerados pelo tribunal na formação do enunciado da súmula são, na prática, elementos essenciais para uma exata compreensão de seu conteúdo. E essa atividade interpretativa auxiliada pelos precedentes é essencial para eventual distinção, ou *distinguishing* eventualmente cabível entre o caso concreto analisado e a conclusão contida no enunciado da súmula em princípio aplicável.

Conforme argumentam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴⁴, “É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isto é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.” E, mais adiante, pontuam que “Tais referências são importantes também no que diz respeito distinção ou *distinguishing*”⁴⁵.

Ou seja, a análise detida do enunciado da súmula e dos precedentes que lhes serviram de base são uma investigação a respeito da *ratio decidendi*, ou razões de decidir, dos julgados paradigma. Ao se aplicar a súmula ao caso concreto, é necessário haver identidade entre as razões de decidir fundamentadoras do enunciado da súmula e as características do caso concreto.

Marinoni⁴⁶ expôs a importância do exame das razões de decidir dos casos paradigma para se permitir um perfeito e racionalmente justificado enquadramento ao caso concreto sob julgamento, afirmando que:

44 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 968.

45 Ibidem.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 252.

o enquadramento de um fato em determinada categoria, para efeito de se dar a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois são essas que podem justificar não só o enquadramento do fato precedente a determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria a que se faz parte o fato do precedente.

Tanto Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal vêm se utilizando da técnica do *distinguishing* de forma expressa, quando, diante de particularidades do caso concreto sob análise, se observa incompatibilidades com as conclusões lançadas em enunciados de sua súmula, embora ela tenha certa semelhança formal com o caso.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é famoso o caso do afastamento da aplicação do enunciado nº 266 de sua súmula, segundo o qual, “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. No caso julgado⁴⁷, o impetrante pretendia a declaração de inconstitucionalidade “dos artigos 2o, § único e 5o, da Resolução 05/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público”, e que fosse deferida a segurança, para que lhe fosse garantido “o exercício do cargo de Secretário de Estado Especial de Desenvolvimento da Defesa Social do Estado do Amapá, nos moldes em que autorizado pela Portaria 041, de 25 de março de 2004, da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Amapá.”

O tribunal considerou que deveria haver um *distinguishing* para se afastar a aplicação do verbete quando do ato normativo impugnado resultasse efeitos concretos imediatos.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Min. Gilmar Mendes, considerou que o *writ* “impetrado contra Resolução que possui, indiscutivelmente, natureza eminentemente normativa, por ser dotado dos atributos de generalidade, abstração e impessoalidade”, o que, em princípio, esbarraria na proibição constante da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, “reconhece-se, por outro lado, que leis que alteram a denominação de cargos ou proíbem o exercício de uma profissão no futuro são dotadas de eficácia imediata e mostram-se aptas para afetar direito subjetivo e, por isso, podem ser impugnadas diretamente”.

O Ministro acrescentou que em tais casos, afigura-se razoável a superação da súmula referida ou, pelo menos, que se adote um *distinguishing* para afirmar que as leis que afetam posições

47 Medida Cautelar no MS nº 26.325-DF

jurídicas de forma imediata poderão ser impugnadas em mandado de segurança. Entendo ser exatamente o caso dos presentes autos. Nele, tem-se um ato normativo que, ao dirigir expressa proibição aos membros do Parquet, alcançou, de maneira direta e imediata, a posição jurídica do impetrante, promotor de justiça e ocupante do cargo de Secretário de Estado do Poder Executivo amapaense. Mostra-se inteiramente supérfluo o aguardo de novo ato administrativo para que a impugnação se viabilize, uma vez que a Resolução contestada, por si só, tem força suficiente para impor ao impetrante as vedações nela contidas. Por essas razões, conheço do presente writ.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há diversos julgados aplicando a técnica do *distinguishing*. As conclusões obtidas no RMS nº31.362/GO são um bom exemplo prático. No caso, o Tribunal afasta o enunciado nº 267⁴⁸ do STF, considerando que nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional típica, no caso abaixo ementado⁴⁹

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL.

1. Caso concreto em que o Parquet solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1o grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento.

2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar.

3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009).

4. *Necessário adotar a técnica hermenêutica do distinguishing para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), pois todos os*

48 STF 267: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

49 RMS 31.362/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2a Turma, J. 17.08.2010, DJe 16.09.2010

seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie.

5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público.

Precedentes do STJ e do STF.

6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão somente para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do mandamus.

Como vê, é possível que o caso concreto possua detalhes específicos que impedem seu tratamento por meio de súmula, mesmo esta sendo formalmente adequada. É importante que os magistrados e as partes observem os parâmetros jurisprudenciais conformadores da própria súmula a ser aplicada, a fim de se perquirir se há perfeita e efetiva adequação ao caso concreto.

Com efeito, toda vez que a parte presenciar situação em que o magistrado aplica o conteúdo de algum enunciado de súmula em qualquer de suas decisões, cabe à parte investigar se seu caso é distinguível daqueles precedentes concretos que serviram de base para o enunciado sumulado. E, especificamente, em relação à não recepção do recurso de apelação por parte do magistrado em primeiro grau de jurisdição, nos termos do art. 518, §1º, do CPC, deve a parte prejudicada levar essas ponderações próprias de um *distinguishing* nas razões de seu recurso.

3.2 Razões de recurso fundadas em circunstâncias que justificam o abandono do entendimento constante do enunciado sumular aplicado (overruling)

Mesmo nas hipóteses em que a sentença possua identidade formal perfeita com a súmula do STF ou do STJ, é recorrível a decisão que deixa de receber o recurso de apelação com base no art. 518, § 1º, do CPC.

A valorização dos precedentes jurisprudenciais como ferramenta de aceleração, simplificação e eficiência do processo possui inegável

importância para o Estado. Afinal faz muito sentido o afastamento da repetição interminável de discussões que sabidamente terão o mesmo resultado ao final, diante da natural consolidação dos entendimentos dos órgãos jurisdicionais.

Atualmente as reformas na legislação têm objetivado, justamente, empregar maior valor normativo aos precedentes consolidados pelos tribunais, mesmo porque eles, os precedentes, são o resultado de intensas discussões jurídicas travadas por um longo tempo, tendo alcançado uma maturação persuasiva que lhe garantem um valor mais aproximado possível da perseguida *verdade última*.

Entretanto, essa sistemática não significa o engessamento do Poder Judiciário, tampouco importa em barreira à evolução do Direito no país.

O mesmo fato desses precedentes terem sido produzidos a partir da *tensão* havida em longos *debates jurídicos contraditórios* leva a crer que os resultados nem sempre são eternos. Eles nasceram de debates e teses em choque. E, enquanto sínteses conformadoras de novas teses, os precedentes consolidados poderão ser alvo de outras teses *inovadoras* contrárias. Isto é, elas podem ser superadas pela inevitável e constante mutação da realidade e da evolução do próprio Direito enquanto produto da sociedade.

Assim sendo, é possível, e até muito comum, que precedentes sejam ultrapassados ou até mesmo caiam em desuso no âmbito do próprio tribunal que os criou.

Côncio dessa realidade, a título de exemplo, o próprio legislador constitucional prevê a possibilidade de revisão das súmulas vinculantes expressamente no art. 103-A da Constituição Federal⁵⁰. A lei 11.417/2006 trata do procedimento da revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, além do procedimento de sua criação. Isso é uma clara admissão, por parte do legislador, de que é impossível engessar do Direito do país com súmulas de indiscutibilidade eterna.

Também os próprios tribunais ordinariamente preveem em seus regimentos internos o rito para o cancelamento dos enunciados

50 Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

de sua súmula⁵¹. (ex.: art. 102, do RISTF, art. 354-A e segtes; arts. 122 e seguintes do RISTJ).

Como se vê, tanto o legislador constitucional quanto os próprios tribunais possuem até mesmo previsões normativas a respeito da possibilidade de alteração da jurisprudência consolidada na súmula, seja vinculante ou não, o que demonstra plena consciência e respeito à natural evolução do Direito.

Ou seja, nem mesmo a adequação formal do caso concreto e da sentença à alguma súmula é motivo suficiente ao sepultamento total da discussão, quando a parte puder trazer razões jurídicas, marcadas pela sua relevância e inovação, aptas a demonstrar que o precedente é ultrapassado e não mais reflete a realidade do direito dentro do determinado contexto histórico, social, econômico, político ou jurídico.

Assim, sempre será possível levar ao tribunal argumentação que contrarie o próprio conteúdo da súmula aplicada, desde que seja algo relevante e inovador e que já não tenha sido apreciado pelo Judiciário. Visará o recorrente não o simples afastamento da súmula para seu caso concreto, mas a sua própria superação, tal como se faz nos sistemas judiciários que estão sob égide do *common law*, onde há possibilidade de superação do precedente, mediante inovadora argumentação, que acuse alterações sociais, políticas ou jurídicas não previamente discutidas pelo judiciário. Essa possibilidade de superação do precedente é chamada *overruling*.

A superação de precedentes devido a alteração da realidade jurídica vigente é de notável ocorrência no âmbito dos tribunais superiores. Inclusive, é muito comum o cancelamento expresso de súmulas. Cita-se como exemplo o que ocorreu com o enunciado nº 263 do STJ⁵², que foi cancelado, sendo que a matéria nele tratada consta atualmente da súmula nº 293⁵³, a qual reflete entendimento completamente oposto. Também serve de exemplo o que ocorreu com o enunciado nº 309⁵⁴, também do STJ, o qual teve sua redação

51 Arts. 102 e segtes do RISTF. Quanto ao caso das súmulas vinculantes, art. 354-A e segtes. No STJ, vide arts. 122 e seguintes do RISTJ

52 STJ 263 (cancelada): "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação".

53 STJ 293: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil."

54 STJ 309 (redação superada): "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo." Redação atual: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo." (grifos nossos)

alterada, o que provocou evidente e importante modificação de seu conteúdo e suas consequências práticas.

Ao contrário do que ocorre com o *distinguishing*, em que o precedente é apenas *afastado do caso concreto*, tendo em vista particulares deste, não sendo suprimido do cenário jurídico, no *overruling* ocorre o total ou parcial abandono do precedente pelo tribunal, o que equivale à exclusão definitiva do conteúdo superado.

As ponderações acima expostas são importantes na medida em que não se pode concluir pela solidificação eterna da jurisprudência, se a realidade política, social, jurídica e econômica da sociedade está em permanente alteração. Nem mesmo a legislação possui vigência eterna por essas mesmas razões. Isso que dizer que os operadores do direito em geral podem e devem estar atentos a essa realidade, de modo a contribuir com a própria evolução do Direito.

Assim sendo, à parte é deferido o direito de, por meio de ações e recursos, questionar a atualidade da jurisprudência, em face de evoluções sociais, políticas, econômicas e jurídicas. E isso inclui a eventual superação dos precedentes jurisprudenciais em face das alterações dos entendimentos jurídicos produzidos pela natural e permanente modificação do contexto em que se inserem.

Portanto, o raciocínio contemplado pelo *overruling* pode estar inserido nas razões do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que aplica o art. 518, §1º, do CPC, quando a súmula considerada já se demonstrar superada em face da alteração natural do contexto que havia motivado sua criação.

3.3 Recurso que objetiva combater nulidades processuais ou denunciar prescrição ou decadência

Além daqueles casos citados, em que o recorrente pretende demonstrar que o entendimento sumulado aplicado não se compatibiliza com o caso concreto (*distinguishing*), ou que aquele entendimento sumulado tenha sido superado por alterações econômicas, sociais, políticas ou da realidade jurídica (*overruling*), é possível que ele pretenda invalidar o próprio julgamento, por irregularidades processuais insanáveis, ou pela ocorrência de prescrição da pretensão ou decadência do direito.

Como exemplo de tais situações, podem ser citadas as hipóteses de ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação.

Antônio Cláudio da Costa Machado⁵⁵ esclarece que “apenas súmulas de conteúdo material (substancial) autorizam o não recebimento, porque somente estas têm o condão de servir de fundamento direto a uma sentença de improcedência do pedido” e complementa asserindo que o recorrente pode levar ao tribunal insurgência no sentido de que “estão ausentes as condições da ação ou algum pressuposto processual, de forma a que fique afastado o impedimento sumular, já que a causa não poderia ser julgada no mérito.”⁵⁶

Ainda, há as hipóteses de prescrição e decadência. Tais vícios podem ser alegados em qualquer tempo e grau de jurisdição. Assim, não pode o magistrado deixar de receber recurso com esse tipo de alegação, tendo em conta que, de qualquer forma, os pedidos do Autor da ação não poderiam ser apreciados.

Em hipóteses como essas, o recurso de apelação deve ser recebido, sendo vedada a aplicação do §1º, do art. 518, do CPC, independentemente do fato da sentença haver decidido conforme súmula do STJ ou STF.

3.4 Hipótese de sentença em cujas razões de decidir há mais de um fundamento

É possível que a lide possua inúmeros fundamentos e questões jurídicas, sendo que nem todos estão albergados pela solução consolidada no enunciado da súmula.

Nesses casos, parece incabível a aplicação do §1º, do art. 518, do CPC. Isso porque é possível que a súmula, por si só, seja insuficiente para sustentar a decisão, remanescendo o direito de recorrer em relação a outros capítulos da sentença. O direito de recorrer não pode ser obstado pela presença pura e simples de uma súmula nas razões decisórias, tendo em conta que o afastamento dos demais fundamentos, não sumulados, podem provocar alteração parcial, ou até mesmo total, do próprio julgado.

Cassio Scarpinella Bueno⁵⁷ traz excelente contribuição a essa questão, argumentando que:

Em sempre o fundamento da sentença recorrida será a aplicação concreta da súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Nesses casos, em que a sentença se apoia em

55 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri: Manole. p. 1023.

56 *Ibidem*.

57 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50

outros fundamentos, que vão além da súmula daqueles Tribunais, não há espaço para negar trânsito ao recurso de apelação, desde que esse outro fundamento seja objeto de impugnação.

Outrossim, pode ocorrer situação em que, embora cabível a aplicação de preceito sumulado, o juiz fundamente sua decisão com outras diversas razões, sem fazer menção à súmula. Seria a hipótese em que, durante o processo, a aplicação súmula ao caso concreto sequer tenha sido discutida e a parte é *surpreendida* somente na sentença ou na decisão que não receber seu recurso, com fundamento no art. 518, §1º, do CPC.

Em tais casos, também será incabível a aplicação do mencionado dispositivo processo, declarando-se que a sentença aplicou o entendimento da súmula, posto que a parte não pode ser surpreendida com fundamentos novos, contra os quais não teve oportunidade de se contrapor, máxime tendo em conta ser seu direito defender-se, com argumentações típicas de um *distinguishing*, apontando diferenças e particularidades do caso concreto, ou de um *overruling*, onde ele acusará as alterações políticas, econômicas, sociais ou jurídicas que justifiquem eventual superação do precedente sumulado.

Cumprе salientar que há manifesta inconstitucionalidade quando não se respeita o necessário contraditório a respeito de todas as questões decididas. Assim, ao juiz fica vedada a adoção da sistemática do §1º do art. 518, quando a aplicação da súmula não tiver sido objeto de debate durante o processo. Ofende os princípios do contraditório e ampla defesa quando “o juiz aplicar a súmula solitariamente pela primeira vez em sua sentença (decisão de surpresa), sem existência de contraditório antecipado e a parte prejudicada demonstrar a inaplicação da súmula em face das especificidades de seu caso”⁵⁸.

CAPÍTULO 4: APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DO ART. 518, §1º, DO CPC A OUTROS RECURSOS

Como já foi mencionado alhures, a norma estabelecida pelo art. 518, §1º, do CPC, por tratar de *restrição* ao direito da parte, deve ser interpretada restritivamente. Assim sendo, por estar inserida no

58 NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 171.

capítulo do Código que trata especificamente do recurso de apelação, temos que, em princípio, essa sistemática a ele se limitasse.

Entretanto, analisando-se sua utilidade e objetivo, além dos princípios que animaram sua criação, especialmente o princípio da duração razoável do processo⁵⁹, bem assim as ideias de amplificação do valor persuasivo da jurisprudência, é possível observar que essa sistemática é sim adequável a outros recursos. É possível asserir que esse instituto está muito mais ligado à teoria geral dos recursos do que especificamente ao recurso de apelação. O professor Cássio Scarpinella Bueno⁶⁰ comenta que “Aqui também, não obstante a sua localização no Código de Processo Civil [...], não vejo razão para não entender o dispositivo, em especial os seus dois parágrafos, como pertencente à ‘teoria geral dos recursos’ e não tão-só como uma regra característica, exclusiva da apelação.”

Assim sendo, pelo menos em princípio, sempre que se estiver diante de uma situação em que o recurso é interposto perante o juízo “a quo” para que este faça juízo de admissibilidade, nada mais razoável do que a conformação, dentro deste juízo prévio, da sistemática de impedimento recursal, desde que, é claro, seja resguardado recurso contra esta decisão.

Com efeito, essa sistemática é muito bem integrável ao juízo de admissibilidade que se faz nos recursos especial e extraordinário, no âmbito dos tribunais locais, sendo que qualquer insurgência contra a decisão que aplica essa sistemática nesta sede, “poderá ser feita mediante o recurso de agravo de instrumento de que trata o art. 554 do Código de Processo Civil.”⁶¹

Por outro lado, também conta como exemplo, a sistemática processual da Consolidação das Leis Trabalhistas, em relação à existência do recurso ordinário⁶². Tal como o recurso de apelação, o recurso ordinário objetiva primordialmente à revisão das sentenças proferidas pelos juízes do trabalho em reclamações trabalhistas. Pela lógica que permeia essa espécie recursal trabalhista, quando é dirigida contra sentença em primeiro grau⁶³ possui características semelhantes às do recurso de apelação. Demais disso, a própria CLT

59 Art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

60 BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v. 2, comentários sistemáticos às Leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 16-2-2006. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 41

61 BUENO, p. 43

62 Art. 895, da CLT

63 Art. 895, II, da CLT

prevê que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho”⁶⁴.

Não bastassem esses apontamentos normativos, temos que o Direito do Trabalho tutela relações de trabalho, ou seja, cuida de relações que dizem com direitos sociais, incluídos no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal. Isso significa que é mais do que necessária uma tramitação célere, simplificada e econômica das lides trabalhistas. Isso permite concluir que não só a sistemática prevista no art. 518, §1º, do CPC, mas todas as formas de aceleração processual previstas pelo CPC merecem colhida nos processos trabalhistas.

Portanto, a técnica de aceleração processual vertida no art. 518, §1º, do CPC, não obstante formalmente prevista para o recurso de apelação, é aplicável ao processo do trabalho para permitir que o magistrado trabalhista deixe de admitir recurso ordinário quando sua sentença refletir conteúdo de súmula do STF, STJ, e, também, do Tribunal Superior do Trabalho. Vale ressaltar que o TST, considerando-se o conteúdo de sua competência recursal⁶⁵, é o intérprete da legislação trabalhista.

Já há julgados a esse respeito, proferidos por Tribunal Regional do Trabalho, onde se entende pelo cabimento da aplicação do já mencionado dispositivo legal para obstar seguimento a recurso ordinário.⁶⁶

A possibilidade de trancamento do recurso ordinário na Justiça do Trabalho por efeito do art. 518, §1º, do CPC, enfrenta o recurso de agravo de instrumento trabalhista. Tal recurso está previsto no art. 897, ‘b’, da CLT e é diferente do agravo de instrumento que está regulado pelo CPC. Porém, nele as matérias a serem debatidas coincidem com o que se argumentou alhures sobre o conteúdo do agravo de instrumento do CPC, que visa a atacar decisão que inadmite a apelação por força da súmula impeditiva de apelação.⁶⁷

Ainda em relação à Justiça do Trabalho, as mesmas considerações acima feitas em relação aos recursos especial e extraordinário são

64 Art. 769, da CLT

65 Arts. 111, §1º e 114, da CF/88 e 896 e segtes. da CLT

66 SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO - ART. 518, § 1.º, DO CPC - APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO: “Aplicável ao processo do trabalho o parágrafo 1.º, do artigo 518, do CPC, introduzido pela Lei n.º 11276/06, desde que limitada, a controvérsia debatida nas razões recursais, aos termos da Súmula, dita impeditiva de recurso.” Recurso ordinário do Município não conhecido. (TRT/SP - 01952200708802003 - RO - Ac. 11aT 20090734410 - Rel. Dora Vaz Treviño - DOE 15/09/2009)

67 Ex.: *distinguishing, overruling*, nulidades e ausência de pressupostos processuais e de condições da ação.

aplicáveis ao recurso de revista, previsto no art. 896, da CLT, cuja competência para julgamento pertence ao Tribunal Superior do Trabalho, visto que o juízo de admissibilidade é feito inicialmente por parte do tribunal regional do trabalho perante o qual tal recurso deve ser interposto.

Essa lógica também tem sido sustentada para aplicação da súmula impeditiva de recurso no âmbito dos *Juizados Especiais*. Vale a pena mencionar que os Juizados Especiais possuem princípios informadores que, além de objetivarem evitar o processo com a busca de uma solução pacífica dos litígios, propugnam justamente uma célere solução desses litígios de sua competência, mediante um processo simplificado, animado pelos princípios da informalidade, oralidade, economia processual, simplicidade e celeridade⁶⁸. Assim, a adoção da sistemática que autoriza a não recepção do recurso inominado⁶⁹, quando a sentença funda-se em súmula dos tribunais superiores, é salutar por evitar mais atos processuais por parte da turma recursal que evidentemente aplicariam o mesmo entendimento da decisão recorrida.

O Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, por exemplo, é no seguinte sentido:

8 - O juiz não receberá o recurso inominado quando a sentença estiver em conformidade com súmula do colégio recursal ou de tribunal superior, nos termos do artigo 518, § 1º, do código de processo civil, acrescentado pela lei n. 11.276, de 7-2-2006.⁷⁰

Veja-se que o enunciado acima transcrito parece ir além do autorizado pelo § 1º, do art. 518, do CPC, ao admitir a utilização, além das súmulas editadas pelos tribunais superiores, de súmula do Colégio Recursal.

Isso parece ter explicação no fato dos juizados especiais não se sujeitarem à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. E assim é em razão do descabimento de recurso especial contra decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais, porquanto elas não são consideradas tribunal e, portanto, elas não proferem acórdãos. Isto é, só é possível a interposição de recurso especial para combater acórdão proferido no âmbito dos tribunais estaduais, do Distrito Federal, ou de territórios, tribunais regionais federais. E as turmas recursais dos

68 Art. 2º, da lei 9.099/1995.

69 Art. 41, da lei 9.099/1995.

70 Enunciado nº 08 do Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo.

juizados, além de não serem consideradas tribunais⁷¹, não se enquadram entre os tribunais mencionados no art. 105, III, da Constituição Federal.

Assim sendo, as turmas recursais dos juizados especiais acabam sendo consideradas o “*equivalente funcional*” do STJ, nas causas de sua competência. Nesse sentido, já se pronunciou a doutrina⁷², a respeito das turmas recursais:

Seu equivalente funcional, portanto, corresponde aos Colégios Recursais, cujos enunciados, assim, “representa(m) aquilo, que normalmente, a jurisprudência pacífica ou majoritária tem decidido”

Neste contexto, parece válido admitir a aplicação da sistemática criada pelo § 1º, do art. 518, do CPC, ao processo no âmbito dos juizados especiais, podendo-se considerar enunciados da súmula das turmas recursais, além daqueles editados pelo STJ e pelo STF, a exemplo do que tem entendido, p. ex., o Colégio Recursal dos Juizados Especiais no Estado de São Paulo, acima citado.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Lei 11.276/06 - Inadmissibilidade da Apelação contra Sentença que se Conformar com Súmula do STJ ou STF. In: *As novas reformas do Processo Civil. 2006*, Brasília. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2299>>.

ASSIS, Araken de; CARNEIRO, Athos Gusmão; DINAMARCO, Cândido Rangel; ALVIM, Arruda. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 140, de 2004*. Modifica o artigo 518 da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, introduzindo a súmula impeditiva de recurso das decisões de primeiro grau, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=67711&p_sort=DESC&cmd=sort>.

_____. Senado Federal. *Quadro comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em : 12 mar. 2013.

71 Art. 98 da CF/88.

72 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 229.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: mar. 2013.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: mar. 2013.

_____. *Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: mar. 2013.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: mar. 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais, 5*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil. v. 2, comentários sistemáticos às Leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 16-2-2006. 2. ed. revista, atualizada e ampliada*, São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. A Súmula Vinculante no Direito Brasileiro: uma incoerência do Sistema Jurídico. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VIII, n.79, ago./08. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>.

DIDIER JUNIOR, Freddie. *Curso de direito processual civil. v. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *Pressupostos processuais e condição da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed.* Barueri: Manole.

MARINONI, Luiz Guilherme. Juiz não pode decidir diferente dos tribunais. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores>>.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common Law. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, 2009.

**O IMPACTO DOS PRECEDENTES DO STF SOBRE A
AUTORIDADE DA COISA JULGADA RELATIVA ÀS
RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS CONTINUADAS:
ANÁLISE DO PARECER PGFN/CRJ Nº 492/2011**

*THE IMPACT OF THE PREVIOUS FEDERAL COURT OF JUSTICE ON THE
AUTHORITY OF RES JUDICATA IN CONTINUOUS TAX RELATIONS: ANALYSIS
OF THE LEGAL OPINION PGFN/CRJ Nº 492/2011*

Flávia Oliva Zamboni

Procuradora da Fazenda Nacional

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Magistratura

*Especialista em Direito Processual Civil pela Escola da Procuradoria Geral do Estado
de São Paulo em convênio com a Escola da Advocacia Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Coisa Julgada; 1.1 Noções introdutórias à Coisa Julgada; 1.2 Coisa Julgada Formal e Material; 1.3 Limites objetivos da Coisa Julgada; 2 A Coisa Julgada nas relações jurídicas tributárias continuativas – de trato sucessivo; 3 Cessação de eficácia vinculante de decisão transitada em julgado disciplinadora de rela o jurídica tributária continuada; 4 O Parecer da PGFN/CRJ N  492/2011; 4.1 Aplicabilidade do Parecer da PGFN/CRJ N  492/2011; 4.2 Os precedentes do STF aptos a ensejar a cessac o da eficácia de decisão transitada em julgado; 4.2.1 Precedente do STF proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade; 4.2.2 Precedente do STF proferido em sede de controle

difuso de constitucionalidade; 4.3 Cessação automática dos efeitos da decisão transitada em julgado diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário; 4.4 Termo inicial para o Fisco voltar a cobrar o tributo ou para o contribuinte deixar de pag lo em conformidade ao precedente objetivo e definitivo do STF; 4.5 Vinculatividade do Parecer da PGFN/CRJ N  492/2011; 4.6 Necessidade de regulamentação do Parecer da PGFN/CRJ N  492/2011; 5 Conclusão; Referencias.

RESUMO: O estudo apresenta uma análise da mitigação da autoridade da coisa julgada com a cessação prospectiva dos seus efeitos nas relações tributárias de trato sucessivo diante da superveniência de precedente objetivo fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada. Tributos. Relações Sucessivas. Mitigação.

ABSTRACT: The study presents an analysis of mitigation authority of res judicata with the prospective cessation of their effects on tax relations of successive tract by the Federal Supreme Court.

KEYWORDS: Res Judicata. Tax. Successive Relations. Mitigation.

INTRODUÇÃO

O direito processual civil constitui-se em ramo do direito Público de especial importância para o sucesso e concretização do direito fundamental de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Diante do fenômeno de crescente litigiosidade, com o aumento do volume de processos judiciais, há uma necessidade cada vez maior de se buscar soluções ao problema da eficácia da coisa julgada no tempo, problema este que, desde já, aponta-se estar diretamente relacionado aos seus limites objetivos.

O instituto da coisa julgada tem por objetivo a pacificação dos litígios postos sob apreciação do Judiciário, de modo a colocá-los um fim definitivo. Representa a imutabilidade do conteúdo decisório, isto é, do direito definido pelo Judiciário.

A garantia da coisa julgada é de índole constitucional e está prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, refletindo a garantia de segurança jurídica ínsita ao Estado Democrático de Direito.

Em face da problemática para definição dos limites objetivos da coisa julgada, especialmente no que tange às relações jurídicas continuadas, passa-se ao estudo e questionamento do instituto da coisa julgada e da mitigação de seus efeitos diante de superveniente alteração do elemento de direito consistente em precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal.

O objeto do presente estudo, portanto, consiste na análise da mitigação da autoridade da coisa julgada com a cessação prospectiva dos seus efeitos, relativamente às relações tributárias de trato sucessivo, diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

De fato, com a superveniência de precedente do STF está-se diante de novo elemento de direito que fará surgir nova relação jurídica, a qual não estará mais adstrita aos limites objetivos da coisa julgada.

Analisa-se, neste trabalho, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, o qual disciplina a questão do impacto de superveniente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos desdobramentos futuros da coisa julgada relativamente às relações jurídicas tributárias de trato continuado. O referido Parecer propõe que - diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à decisão transitada em julgado declaratória da inexistência/existência de determinada relação jurídica tributária - se volte a cobrar tributo ou se deixe de pagá-lo em relação a fatos geradores futuros.

Questiona-se ainda acerca da vinculatividade e da necessidade de regulamentação do referido Parecer a fim de torná-lo efetivamente aplicável.

Apesar dos mais variados entendimentos sobre o tema, alinha-se à tese desenvolvida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, no qual se propugna a cessação prospectiva da coisa julgada relativamente às relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

1 COISA JULGADA

1.1 Noções introdutórias à coisa julgada

A coisa julgada é um instituto consagrado como direito fundamental, com previsão no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, nos seguintes termos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O instituto reflete a garantia de segurança jurídica ínsita ao Estado Democrático de Direito. É através da coisa julgada que se põe fim definitivamente ao conflito posto sob a apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual Sérgio Gilberto Porto¹ refere que pensar na hipótese de ofensa à coisa julgada seria “admitir a eternização dos conflitos e, por decorrência, o fim da paz social”.

A eficácia da coisa julgada impede que seja apreciado o mérito de demanda que reproduz ação anteriormente ajuizada, uma vez que a autoridade da coisa julgada inviabiliza a rediscussão da lide já definitivamente apreciada pelo Judiciário².

Importante esclarecer, desde já, que o atributo de imutabilidade da coisa julgada não é absoluto, sendo decorrência de norma infraconstitucional – CPC, art. 467 – e não da Constituição da República, na qual apenas restou assegurado que a lei não teria efeito retroativo de modo a prejudicar a coisa julgada. Se a Constituição houvesse pretendido conferir à coisa julgada o manto da imutabilidade, o que não ocorreu, nem se poderia admitir o uso da ação rescisória, que conta com previsão

1 PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 140.

2 A identidade de ações assenta-se na tríplice identidade, que consiste na identidade dos três elementos da demanda, quais sejam, na identidade de partes, causa de pedir e pedido. Ou seja, somente se pode alegar a exceção da coisa julgada, diante da reprodução de demanda idêntica à outra anteriormente ajuizada, quando se tratar das mesmas partes, da mesma causa de pedir e do mesmo pedido, conceito este que se extrai do §2º do art. 301 do CPC.

expressa no art. 485 do Código de Processo Civil. A imutabilidade da coisa julgada, portanto, não é absoluta, nem para a Constituição nem para a ordem infraconstitucional, uma vez que o próprio Código de Processo Civil a excepciona em algumas situações.

Em especial, no que tange ao objeto do presente estudo, relativamente às relações jurídicas tributárias de trato sucessivo e de acordo com os parâmetros que serão explicitados ao longo deste trabalho, entende-se que não deve prevalecer a coisa julgada que esteja em desconformidade com a Constituição. Ainda, a autoridade da coisa julgada deve sempre estar condicionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em garantia constitucional absoluta.

Cândido Rangel Dinamarco³ chama a atenção para o fato de que “a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.

Segundo o mencionado autor, o valor segurança jurídica não é absoluto no sistema, assim como não o é a garantia da coisa julgada, a qual deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias e princípios constitucionais.

1.2 coisa julgada formal e material

O Código de Processo Civil, em seu art. 467 define o instituto da coisa julgada nos seguintes termos: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A coisa julgada formal consiste na impossibilidade de interpor-se qualquer recurso dentro do processo para impugnação da decisão prolatada. É um fenômeno interno ao processo que traduz uma preclusão máxima.

Já a coisa julgada material se estende para fora do processo, e o conteúdo do que foi decidido no processo se torna imutável, não podendo ser rediscutido nem pelas partes nem pela comunidade. Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁴, “a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito, [...] status que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas”.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, jan./dez. 2001. p. 39.

4 *Ibidem*, p. 36.

Como bem observado por Fernanda Donnabella Camano de Souza⁵, o art. 467 do CPC equivoca-se ao conceituar esses dois institutos, uma vez que ao definir a coisa julgada material como sendo a eficácia de indiscutibilidade da sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, está em verdade tratando da coisa julgada formal, cuja eficácia observa-se sob a perspectiva interna do processo. Já ao mencionar a imutabilidade da sentença aí sim estaria tratando da coisa julgada material, com eficácia extraprocessual que alcança, além das partes, a comunidade.

A classificação atinente à coisa julgada formal e material também está relacionada ao conteúdo da decisão prolatada. Se a decisão extinguir o processo sem resolução do mérito, com base no art. 267 do CPC, estar-se-á diante da coisa julgada formal. No caso de a decisão apreciar o mérito da causa e extinguir o processo com resolução do mérito, com fundamento no art. 269 do CPC, verificar-se-á a o instituto da coisa julgada material que tem o condão de tornar imutável a decisão prolatada, com eficácia para além do processo.

Cabe ressaltar que interessa ao presente trabalho tão somente o fenômeno da coisa julgada material. Assim, quando se fizer referência simplesmente à coisa julgada, estar-se-á tratando da coisa julgada material.

1.3 Limites objetivos da coisa julgada

Na hipótese de um contribuinte se vir obrigado à determinada imposição tributária que entenda indevida diante de suposto vício formal ou material, pode exercer o direito de ação garantido constitucionalmente para, acaso reconhecido o vício da norma tributária, obter provimento jurisdicional que lhe garanta a não incidência do tributo.

Para o exercício do direito constitucional de ação é necessário o preenchimento das condições da ação, delimitadas em norma infraconstitucional – Código de Processo Civil (art. 267) – quais sejam: a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

As condições da ação, por sua vez, estão diretamente relacionadas e refletem os elementos identificadores do processo - partes, pedido e causa de pedir - aos quais se reportará a autoridade da coisa julgada.

Afora a condição da legitimidade das partes que possui caráter subjetivo, atrelado às pessoas legitimadas ativa e passivamente ao processo, as demais condições da ação - possibilidade jurídica do pedido e

⁵ SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. *Os Limites Objetivos e "Temporais" da Coisa Julgada e Ação Declaratória no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

interesse de agir - estão diretamente relacionadas aos elementos objetivos do processo, pedido e causa de pedir e, portanto, ganham relevância no presente estudo, na medida em que importam diretamente para o estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada.

Sabe-se que é em relação ao pedido que o pronunciamento judicial adquire a autoridade de coisa julgada, apesar de que sem os fatos e fundamentos jurídicos o pedido resta ininteligível.

Segundo o disposto no art. 128 do CPC, o juiz decide a lide nos limites em que foi proposta e, conforme expresso no art. 469, I, do CPC, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, não fazem coisa julgada. Ou seja, o juiz decide com base nos fatos e fundamentos jurídicos, os quais darão os limites/contornos do pedido. No entanto, somente o pronunciamento judicial sobre o pedido – que se encerra na parte dispositiva da sentença – é que será acobertado pela coisa julgada.

Ainda sobre a vinculação da coisa julgada ao pedido, citam-se, também os arts. 459 e 460 do CPC, os quais dispõem respectivamente o seguinte: “o juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor [...]” e “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida [...]”.

Dessa forma, pode-se afirmar que os limites objetivos da coisa julgada estão atrelados aos elementos objetivos a demanda, pedido e causa de pedir, sendo que a autoridade da coisa julgada se estende apenas ao conteúdo do pedido cuja apreciação constará da parte dispositiva da sentença. Assim, apesar de os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, que compreendem a causa de pedir, serem indispensáveis para compreensão do alcance do pedido, é somente em relação a este que incide a autoridade da coisa julgada.

2 A COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS – DE TRATO SUCESSIVO

Sobre o tema da coisa julgada nas relações jurídicas continuativas, Sérgio Gilberto Porto⁶ afirma que “a sentença que aprecia um feito cujo suporte é constituído por relação dessa natureza atende apenas os pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a própria relação jurídica, que continua sujeita às variações de seus elementos”.

Verifica-se que nas relações jurídicas de trato sucessivo, a coisa julgada traz consigo a cláusula *‘rebus sic stantibus’*⁷, ou seja, diante de

6 PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 104.

7 Sobre a coisa julgada e a cláusula *rebus sic stantibus* que lhe é inerente, transcreve-se trecho de ementa do Superior Tribunal de Justiça:

mudanças supervenientes nas circunstâncias fáticas ou jurídicas restará configurada uma nova relação jurídica que não estará mais submetida à eficácia vinculante de anterior decisão transitada em julgado.

Por outro lado, tendo em vista as relações jurídicas continuativas, se os eventos surgidos no decurso do tempo forem idênticos ao anterior que fora objeto de julgamento transitado em julgado, no sentido, de que os elementos objetivos da demanda, pedido e causa de pedir, permanecem os mesmos, a autoridade da coisa julgada persistirá no tempo.

Assim, pode-se falar de cessação dos efeitos da coisa julgada relativamente às relações tributárias de trato sucessivo diante de alteração do pedido ou dos fatos a que o pedido estiver atrelado.

Ainda sobre os limites “temporais” da coisa julgada relativamente às relações jurídicas de trato sucessivo ou continuado, José Carlos Barbosa Moreira⁸ refere que “não passa de pseudoproblema o dos chamados limites temporais da coisa julgada”. Para o autor, a norma jurídica concreta contida na sentença trânsita em julgado deixa de estar imune se os fatos se modificarem, na medida em que se estará diante de situação jurídica distinta. E ainda acrescenta que não altera na essência os dados da questão o fato de tratar-se de relação jurídica continuativa.

No mesmo sentido, Fernanda Donnabella Camano de Souza⁹ entende que é um equívoco/falácia falar-se em limitação “temporal” da coisa julgada, haja vista que os limites estão efetivamente atrelados ao pedido formulado e aos fatos a este conectados. Isto é, a delimitação objetiva do julgado é que determinará a extensão da coisa julgada no tempo.

O fundamental para que se possa iniciar a compreensão da problemática dos limites da autoridade da *res judicata* é identificar se se trata de pedido relativo a um agir único e irrepitível ou, se trata de um evento genérico que se repete no tempo, como por exemplo “auferir renda”. Se a demanda disser respeito a um agir único e irrepitível - como, por exemplo, quando se questiona formalidades de um lançamento em

[...] Consoante entendimento consagrado por esta Corte Superior, a lei superveniente que promove a reestruturação do sistema remuneratório do servidor público pode operar a absorção de vantagens pessoais incorporadas, ainda que tenham sido obtidas judicialmente, desde que observada, de qualquer modo, a irredutibilidade nominal de vencimentos. *Isso porque a decisão judicial, em tais hipóteses, obedece a cláusula rebus sic stantibus, a produzir efeitos somente quando mantiverem hígidas as situações de fato e de direito existentes no momento de sua prolação, de sorte que não há falar em violação do princípio constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).* [...]

(AgRg no REsp 1157516/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)

8 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Jugada. *Revista de Processo*, n. 34, ano IX, abr./jun. 1984. p. 280.

9 SOUZA, op. cit.

específico, ocorrido em um determinado ano - a coisa julgada fica restrita a esta demanda julgada, não possuindo autoridade para acobertar outras relações jurídicas vindouras. Do contrário, se o pedido se reportar a uma conduta mais abrangente, então a autoridade da coisa julgada se estenderá no tempo para as relações jurídicas futuras compreendidas neste evento.

Em julgados antigos, anteriores à Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal enfrentava a discussão acerca da eficácia da coisa julgada no decurso do tempo diante de relações jurídicas tributárias continuativas, manifestando-se no sentido de que a coisa julgada ficava adstrita aos elementos, de fato e de direito, compreendidos pela decisão (ex: RE 109073; RE 99458; RE 83225).

Por oportuno, importante esclarecer o teor da súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

A referida súmula aplica-se às demandas que dizem respeito a ato único e irrepetível e que se esgota em si próprio. Neste caso, o pronunciamento judicial não faz coisa julgada para as relações jurídicas que se seguirem. O exemplo clássico é quando se questiona formalidade específica de determinado lançamento relativo a específico exercício.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal não tem enfrentado a discussão sobre os limites objetivos da coisa julgada, sob o entendimento pacífico de que se trata de discussão de índole infraconstitucional (ex: RE 553674).

Em que pese o desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina sobre o tema, constata-se a dificuldade de chegar-se a uma definição exata do que sejam demandas idênticas sob a ótica da tríplice identidade, bem como de firmar-se um entendimento mais preciso sobre a composição da lide e sobre o conteúdo do provimento jurisdicional definitivo que sobre ela recai, formando a coisa julgada.

3 CESSAÇÃO DA EFICÁCIA VINCULANTE DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO DISCIPLINADORA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CONTINUADA

Levando-se em consideração os fins propostos no presente estudo, deve-se utilizar a expressão “cessação dos efeitos da coisa julgada”, e não “relativização da coisa julgada” ou “desconsideração da coisa julgada”.

Ocorre que com a introdução de um novo elemento à relação jurídica de trato sucessivo - por exemplo, um fato jurídico novo - tem-se uma nova relação jurídica que não se submeterá aos efeitos da coisa

julgada, em observância aos próprios limites objetivos desta. Nesta hipótese, não cabe falar de relativização da coisa julgada, uma vez que o que de fato ocorre é o surgimento de nova relação jurídica, que por ser nova não estará submetida à autoridade da coisa julgada. Em verdade, a observância aos limites objetivos da coisa julgada é uma forma de preservação da própria coisa julgada e por isso não se afigura correto falar em “relativização da coisa julgada”, conceito este que traz embutida a ideia de enfraquecimento/esvaziamento do instituto da coisa julgada.

Quando se fala de relativização da coisa julgada, que trata de hipótese diversa daquela objeto do presente estudo, a atenção volta-se para os fatos geradores passados, uma vez que a decisão judicial será desconstituída, atingindo-se inclusive os fatos geradores passados.

Importante esclarecer que com a cessação da eficácia da coisa julgada em decorrência de fato jurídico novo incidente sobre determinada relação jurídica de trato sucessivo, os efeitos são prospectivos e atingem somente os fatos geradores futuros que surgirem do fato novo em diante. Nesta hipótese, não há desconstituição da decisão judicial, apenas cessam seus efeitos em relação aos eventos futuros que não estejam compreendidos nos limites objetivos da coisa julgada.

No caso de surgimento de precedente novo do Supremo Tribunal Federal, objetivo e definitivo (hipótese que será explicitada no capítulo seguinte), há de se falar de cessação da eficácia vinculante de anterior decisão transitada em julgado em sentido contrário, e não em relativização ou desconsideração da coisa julgada, uma vez que, em homenagem ao princípio constitucional da segurança jurídica e da proteção da confiança, os fatos geradores passados não podem ser atingidos, salvo nas hipóteses de ação rescisória.

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, que será objeto de estudo e aprofundamento no capítulo quarto deste trabalho, ao disciplinar a questão denominou-a simplesmente de cessação da eficácia vinculante de decisão transitada em julgado em face de posterior precedente objetivo e definitivo do STF, distinguindo-a claramente da hipótese de relativização da coisa julgada.

Fica muito claro, portanto, que a tese defendida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 não se equipara à hipótese de relativização da coisa julgada, na medida em que esta é inclusive preservada e prestigiada mediante o respeito aos seus limites objetivos, nos quais não está compreendida a nova relação jurídica advinda de superveniente precedente do STF.

Para Carla de Lourdes Gonçalves¹⁰, a coisa julgada foi instituída como garantia fundamental pelo legislador, e suas exceções são

10 GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa Julgada: é possível sua alteração em matéria tributária? In: BARRETO, Aires Fernandino. *Direito Tributário Contemporâneo – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.

unicamente as hipóteses previstas no art. 485 do CPC. Assim sendo, a relativização da coisa julgada por ato de liberalidade do Executivo ou do Judiciário representa afronta direta ao princípio constitucional da separação de poderes e ao sistema de freios e contrapesos.

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto¹¹, para quem a garantia da coisa julgada é “estável e não relativizável por qualquer juízo e a qualquer tempo, mas apenas relativizável na forma que a ordem jurídica pré-instituída estabeleceu”.

Também apresenta entendimento semelhante, Sérgio Nojiri¹², que desenvolve trabalho no qual conclui que “a tese da relativização da coisa julgada, da forma como vem sendo exposta, põe em perigo a razão de existir do próprio sistema jurídico, uma vez que ataca sua missão última, que é a de resolver conflitos de forma definitiva”.

Porém, independentemente da posição que se tenha acerca da relativização da coisa julgada, o importante é ter mente que a cessação da autoridade vinculante de decisão transitada em julgado, em face de posterior precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário, conforme explicitado e disciplinado no Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011, possui eficácia tão somente prospectiva, razão pela qual não pode ser equiparada às hipóteses de relativização da coisa julgada, cujos efeitos são retroativos.

Sobre este tema, Heleno Taveira Torres¹³ possui entendimento semelhante de que a cessação dos efeitos da coisa julgada, diante de precedente do STF em sentido contrário, projeta-se somente para o futuro e reconhece que “a Fazenda Pública encontra-se autorizada a exigir tributo de contribuinte amparado por coisa julgada (que reconhecia a inconstitucionalidade da exação) a partir do reconhecimento da constitucionalidade de determinado tributo pelo STF, com eficácia *erga omnes*”.

4 O PARECER DA PGFN/CRJ N° 492/2011

4.1 Aplicabilidade do parecer da pgfn/crj n° 492/2011

O Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011, publicado no Diário Oficial da União em 26 de maio de 2011, tem sua incidência direcionada às relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, ou também denominadas de relações jurídicas tributárias continuativas.

11 PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136.

12 NOJIRI, Sérgio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. *Revista de Processo*, ano 30, maio 2005. p. 124.

13 TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 488.

O objeto deste Parecer é disciplinar o impacto de superveniente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação aos desdobramentos futuros da coisa julgada relativamente às relações jurídicas de trato continuado.

Diante da alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de uma determinada relação jurídica de trato sucessivo, há o surgimento de uma nova relação jurídica, que por se tratar de relação jurídica nova e, portanto, diversa, não é alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada. Assim, a decisão judicial deixa de produzir efeitos vinculantes dali para frente face a sua inaptidão de alcançar nova relação jurídica tributária.

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 trata especificamente da alteração do suporte jurídico da decisão judicial atinente à relação jurídica tributária continuativa, consistente na superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal, que tem o condão de fazer cessar automaticamente a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado em relação a fatos geradores futuros.

Com base no referido Parecer, é possível - diante da superveniência de precedente do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à decisão transitada em julgado declaratória da inexistência/existência de determinada relação jurídica tributária - voltar a cobrar tributo ou deixar de pagá-lo em relação a fatos geradores futuros.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a alteração da legislação tributária, no que concerne à determinada regra matriz de incidência tributária, também retira a eficácia vinculante de decisão anteriormente transitada em julgado, relativamente aos eventos futuros de determinada relação jurídica tributária de trato continuado. Entendimento idêntico deve ser conferido à alteração do suporte jurídico da decisão transitada em julgado gerado pela superveniência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, apesar de que quanto a este tema, que é o objeto do presente estudo, não há ainda unanimidade na doutrina nem tampouco entendimento pacífico na jurisprudência.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional defende a aplicabilidade do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 sob o argumento de que os precedentes objetivos e definitivos do Supremo Tribunal Federal constituem circunstância jurídica nova que têm aptidão de fazer cessar, prospectivamente, a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias que transitaram em julgado em sentido contrário, em observância à competência da Suprema Corte para interpretar as leis em face da Constituição em caráter definitivo e final. Defende também a aplicação do Parecer em prol da preservação e promoção do princípio constitucional da isonomia e da livre concorrência, que constitui

fundamento e objetivo da ordem econômica constitucional vigente, constante do art. 170, IV, da CR/88.

Sobre a importância de existir a neutralidade econômica dos tributos, em observância aos princípios constitucionais da isonomia e livre concorrência, Heleno Taveira Torres pondera que¹⁴:

[...] a manutenção da coisa julgada inconstitucional no ordenamento, após a decisão do STF que reconhece a constitucionalidade de determinado tributo, traz igualmente prejuízos à isonomia e ao equilíbrio concorrencial, porquanto nenhum dos demais contribuintes poderá obter o mesmo direito à exclusão do tributo.

O Parecer, portanto, possui forte fundamento constitucional a justificar que suas normas sejam observadas e cumpridas por toda comunidade jurídica, especialmente pela Administração Fazendária.

É importante mais uma vez frisar que o Parecer em comento serve para afastar a eficácia da coisa julgada nos casos devidamente explicitados e com eficácia apenas prospectiva, não atingindo a validade propriamente dita da coisa julgada, tampouco tratando-se de hipótese de relativização desta.

Já há, porém, manifestações que pugnam pela inaplicabilidade do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Para Carla de Lourdes Gonçalves¹⁵, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 trata de verdadeira relativização da coisa julgada em afronta ao sobreprincípio da segurança jurídica, na medida em que se afastam os efeitos da decisão transitada em julgado fora das hipóteses legais de rescisão do julgado constantes do art. 485 do CPC.

No entanto, apesar da existência de eventuais críticas ao PGFN/CRJ nº 492/2011, o fato é que já há precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo sua aplicabilidade e considerando a jurisprudência do STF apta a fazer cessar a eficácia de decisões tributárias transitadas em julgado em sentido contrário. Nesse sentido, transcrevem-se trechos da ementa de recente julgado:

[...]

4. Embargos de Divergência parcialmente acolhidos, para proclamar a cessação ad futurum da eficácia da coisa julgada tributária a que se refere

14 TORRES, op. cit., p. 478.

15 GONÇALVES, op. cit.

o Acórdão na REO 89.01.16151-6-DF, do TRF da 1a. Região, a partir do julgamento do RE 138.284-CE (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 28.08.92), com a preservação dos efeitos consolidados, acolhendo-se a tese da Fazenda Pública Nacional, exposta no Parecer PFN 492, de 24 de maio de 2011 (DOU 26.05.2011) (fls. 705/706).

[...]

22. Esse dilema jurídico (mas também ético) não foi ignorado pelos zelosos Procuradores da Fazenda Pública Nacional, quando o apreciaram com o ânimo de equalizar os seus termos; no Parecer PGFN/CRJ 492 (DOU 26.05.2011), elaborado com alta prospectividade jurídica, afirmam com a maior precisão, que somente a palavra final do STF é que tem a força de fazer cessar a eficácia da coisa julgada dantes formada; essa diretriz consta do item 23 do referido Parecer, que se transcreve:

[...]

27. A discussão jurídica sobre o tema da perda de eficácia da coisa julgada, em caso como este, somente veio a se exaurir no Judiciário com o julgamento da ADIN 15 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 01.08.2007); o venerando Acórdão proferido nesse julgamento concentrado do STF tem força vinculante e aplicabilidade erga omnes, por isso que a partir do seu trânsito em julgado, tem-se essa controvérsia por encerrada, prevalecendo, porém, os efeitos da res judicata anterior, o trânsito em julgado dessa decisão emergente da Corte Suprema.

[...]

(EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 991.788 – DF RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. 02/02/2012). (grifou-se)

No julgamento dos Embargos de Declaração acima transcrito, observa-se que, apesar de reconhecida a aplicabilidade do Parecer PGFN/CRJ 492/2011, o STJ revendo posição adotada nos Embargos de Divergência, culminou não atribuindo a força que o Parecer atribui às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, apenas àquelas proferidas em sede de controle concentrado. Ou seja, a aplicabilidade do Parecer foi reconhecida pelo STJ, porém não em toda sua integralidade.

Assim, constata-se, a partir do julgado acima transcrito, que ainda há controvérsia sobre a força vinculante dos precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Há quem entenda (e essa ainda é a opinião de grande parte da jurisprudência e doutrina¹⁶) que as decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso só possuiriam eficácia *erga omnes* quando seguidas de Resolução do Senado Federal, suspendendo a norma declarada inconstitucional pelo STF, ou, tratando-se de julgamento de recurso repetitivo, quando fosse editada súmula vinculante.

Ressalva-se, no entanto, o entendimento defendido neste trabalho - que será melhor exposto no item 4.2.2, e que tem como base a tese desenvolvida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 - de que as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, especialmente na forma do art. 543-B do CPC, possuem eficácia vinculante semelhante àquelas proferidas em sede de controle concentrado, sendo aptas a fazer a cessar prospectivamente a eficácia de decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário, independentemente de Resolução do Senado Federal.

4.2 Os precedentes do stf aptos a ensejar a cessação da eficácia de decisão transitada em julgado

Os precedentes objetivos e definitivos do Supremo Tribunal Federal que possuem força para impactar as decisões tributárias transitadas em julgado em sentido contrário, fazendo cessar sua eficácia, automaticamente, conforme o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, são os seguintes:

1. todos os precedentes formados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados;
2. em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando posteriores a 3 de maio de 2007, os precedentes, seguidos ou não de Resolução do Senado Federal, desde que neste último caso tenham resultado de julgamento ocorrido nos termos do art. 543-B do CPC;
3. em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando anteriores a 3 de maio de 2007, os precedentes seguidos ou não de Resolução do Senado Federal, desde que neste último caso sejam

16 Humberto Theodoro Junior manifestou-se nesse sentido no XVI Congresso Internacional de Direito Tributário (2012), no qual apresentou críticas ao Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Para o jurista, a eficácia *erga omnes*, que representa força de lei, é exclusiva do controle concentrado de constitucionalidade, existindo no controle difuso apenas quando houver resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei, ou no caso de edição de súmula vinculante.

oriundos do Plenário do STF e sejam também confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

4.2.1 Precedente do stf proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade

A característica essencial dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e que tradicionalmente os distingue dos julgamentos proferidos em sede de controle difuso, reside na extensão dos efeitos vinculantes de suas decisões, denominada de eficácia *erga omnes*.

Diante do conhecido caráter objetivo e definitivo das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e somado ao fato de que essas decisões possuem eficácia *erga omnes*, é completamente compreensível que a superveniência de precedente do STF em sentido contrário à decisão tributária transitada em julgado, que disciplina relação jurídica continuada, faça cessar prospectivamente os efeitos desta.

Nessa hipótese, há nítida alteração do suporte jurídico da decisão transitada em julgado, de modo a configurar-se nova relação jurídica não mais submetida à decisão anteriormente transitada em julgado, uma vez que não abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada.

Quanto às decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que claramente possuem aptidão para fazer cessar prospectivamente os efeitos de coisa julgada anterior em sentido contrário, não há questionamentos a serem feitos, tendo sido esta hipótese admitida pela jurisprudência, conforme ementa anteriormente transcrita, bem como pela doutrina pátria¹⁷.

4.2.2 Precedente do stf proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade

De acordo com a doutrina tradicional, sobre a natureza das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis, pode-se afirmar que sua eficácia vinculante é *inter partes*, isto é, possui força para vincular somente as partes das específicas demandas judiciais nas quais são proferidas, estendendo-se a terceiros somente no caso em que a lei reconhecida como inconstitucional tenha a sua eficácia suspensa através de Resolução editada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CR/88.

17 TORRES, op. cit., p. 485.

Ocorre que tem havido uma certa relativização dessa concepção tradicional das duas modalidades de controle de constitucionalidade, verificando-se uma tendência de aproximação de sua natureza e até mesmo de equiparação da extensão da eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal tanto no controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade¹⁸.

Nesse sentido, tem se manifestado o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao apontar para uma tendência de “dessubjetivização” das formas processuais, especialmente no que tange ao modelo de controle difuso/incidental de constitucionalidade das leis, reconhecendo eficácia *erga omnes* também às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade¹⁹. Igualmente, o ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, para quem “deve-se aplaudir essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado [...]”²⁰.

No Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, são apontadas algumas situações em que se pode claramente perceber essa mudança de paradigma, em que o controle de constitucionalidade exercido na modalidade difusa se aproxima cada vez mais dos efeitos próprios do controle na modalidade concentrada, quais sejam:

- entendimento do STF no julgamento da ADIN n. 4071 de que a prévia existência de decisão do Plenário considerando constitucional determinada norma jurídica, ainda que em Recurso Extraordinário, portanto em sede de controle difuso, torna manifestamente improcedente ADIN posteriormente ajuizada contra essa mesma norma.
- aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 (antes aplicável somente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade) às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso,

18 Essa tendência vem sendo exposta em alguns dos julgados do STF, como no RE nº 376.852-2/SC; no julgamento do AI nº 375.011/RS e na Reclamação Constitucional nº 4335/AC, com manifestação dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, na qual foi reconhecida a eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade.

19 MENDES, Gilmar Ferreira, “et al”. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1263.

20 ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória*: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10296/embargos-a-execucao-com-eficacia-rescisoria>>. 2007.

para fins de modulação dos efeitos temporais por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

- criação do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, de modo que apenas aqueles recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, isto é, que ultrapassam os interesses subjetivos da causa, possam ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, §3º, da CR/88, incluído pela EC 45/04)
- manifestação dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, na qual restou consignado que as decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade ostentam eficácia *erga omnes*, independentemente de posterior edição de Resolução do Senado Federal (art. 52, X, CR), a qual teria, atualmente, apenas a função de imprimir publicidade a tais decisões.
- julgamento proferido nas ADIN's nº 3345 e 3365, em que se afirmou que “os motivos determinantes” subjacente às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade ostentam “efeitos vinculantes transcendententes”.
- por fim, o maior exemplo do caráter objetivo das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade decorre da sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos, conforme previsão constante do art. 543-B do CPC (dispositivo introduzido pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006). De acordo com essa nova sistemática de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, permite-se que a repercussão geral de questão constitucional repetitiva seja reconhecida ou negada, de uma só vez, pelo STF, através da análise do recurso extraordinário “paradigma”, que houver sido escolhido por amostragem como representativo da controvérsia. Uma vez reconhecida a repercussão geral da questão constitucional repetitiva, o STF passará ao julgamento do mérito do recurso extraordinário escolhido como paradigma. Fica claro, portanto, que os precedente oriundos do Plenário do Supremo Tribunal Federal formados em sede de controle

difuso de constitucionalidade, nos moldes do art. 543-B do CPC, ostentam caráter objetivo e definitivo

Dessa maneira, a partir dos exemplos acima descritos, conforme explicitado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, verifica-se que, atualmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade quando proferidas pelo órgão Plenário, têm adquirido um caráter objetivo que transcende à esfera específica e restrita da demanda, independentemente de edição de Resolução pelo Senado Federal²¹.

Diante do exposto, pode-se concluir que a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal é muito similar tanto nas ações de controle concentrado de constitucionalidade quanto nos julgamentos proferidos via recurso extraordinário nos moldes de julgamento de recurso repetitivo do art. 543-B do CPC.

Conforme o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, importante ressaltar que - apesar de a doutrina e jurisprudência mais conservadora ainda não estenderem a eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, ainda que proferidas nos moldes do art. 543-B do CPC - estas decisões, por si só, já ostentam caráter objetivo, geral e definitivo, a ponto de impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo.

Dessa forma, levando-se em conta as relações jurídicas tributárias de trato continuado, a partir desse novo elemento agregado à ordem jurídica, estar-se-á diante nova relação jurídica tributária, que não será alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada. Assim, independente da presença ou não da mencionada eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, que, por si só, já ostentam caráter objetivo e definitivo, pode-se afirmar que, pelo fato de agregarem um novo elemento à ordem jurídica, já serão suficientes para fazer cessar os efeitos de decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário.

Cabe mencionar ainda que somente em 3 de maio de 2007, com a publicação da Emenda Regimental nº 21, é que o Supremo Tribunal Federal, alterando seu Regimento interno, adaptou-se à Lei nº 11.418/06, de modo a poder fazer uso da sistemática prevista no art. 543-B do CPC.

Assim, a partir do dia 3 de maio de 2007, os precedentes do STF que tenham resultado de julgamento ocorrido nos termos do art. 543-B do CPC terão força para impactar o sistema jurídico vigente, agregando

21 Gilmar Ferreira Mendes manifesta críticas sobre a edição de Resolução pelo Senado Federal, apontado sua inadequação e obsolência (2010, p. 1245/1246).

novo elemento jurídico de modo a fazer cessar os efeitos de decisão anteriormente transitada em julgado em sentido contrário.

Surge, porém, uma dúvida. E com relação aos julgamentos anteriores a 3 de maio de 2007, realizados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, que não foram obviamente submetidos à sistemática prevista no art. 543-B do CPC? Esses julgamentos possuiriam força para agregar novo elemento jurídico ao sistema jurídico vigente e impactar os limites objetivos da coisa julgada?

No Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, a Procuradoria da Fazenda Nacional manifesta-se positivamente a essa pergunta no seguinte sentido: “em algumas hipóteses as decisões proferidas pelo STF, em momento anterior ao marco acima fixado, poderão, sim, ser consideradas como objetivas e vocacionadas à definitividade”, e segue afirmando que isso ocorrerá sempre que “(i) se tratar de decisão proferida, sobre uma dada questão constitucional, pelo Plenário da Suprema Corte, e que (ii) o entendimento nela contido tenha sido reafirmado pela Suprema Corte em diversos julgados posteriores” (p. 17).

Verifica-se que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 estabeleceu como indispensável, para que seja conferido o caráter de definitividade a essas decisões oriundas de julgamentos do STF em data anterior a 3 de maio de 2007, que o entendimento nelas contido seja reiterado pelo STF em julgados posteriores.

No entanto, questiona-se: qual seria o critério seguro para identificar que determinada questão jurídica julgada pelo STF em recurso extraordinário adquiriu o caráter de definitividade em decorrência de diversos julgados posteriores no mesmo sentido? Quantos julgamentos seriam efetivamente necessários para configurar os diversos julgados reiterados?

Apresentam-se ainda os seguintes questionamentos. Diante de decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, quem será a autoridade competente, no âmbito da Administração Pública Fazendária, para concluir que a decisão anteriormente transitada em julgado está ou não de acordo com os posteriores julgados do STF? Ou seja, quem irá, no âmbito da Administração Pública interpretar a decisão do Supremo Tribunal Federal?

Entende-se imprescindível que seja esclarecido e esmiuçado, ao máximo, pela Administração Tributária, o que se possa considerar abrangido no conceito “diversos julgados posteriores”, sob pena de temerário e arbitrário enfraquecimento da garantia constitucional da coisa julgada.

Assim, uma solução para este problema seria a elaboração de uma lista taxativa, para a qual fosse dada ampla publicidade e na qual

fossem devidamente apontados quais seriam exatamente os precedentes proferidos pelo Plenário do STF que, apesar de proferidos antes da sistemática dos recursos repetitivos do art. 543-B do CPC, possuiriam o caráter de definitividade por veicularem entendimento reiterado em julgados posteriores.

Além do mais, também se entende que a elaboração desta lista não deva ficar a cargo da Receita Federal do Brasil, mas sim da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que é órgão de representação jurídica da União.

Ou seja, entende-se que é a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional o órgão competente para interpretar as decisões do Supremo Tribunal Federal e identificar os julgados reiterados para, então, assim proceder à elaboração de uma lista em que sejam taxativamente apontados os precedentes do STF que tenham sido reiteradamente confirmados em julgados posteriores e por isso ostentam o atributo da definitividade que os torne aptos a fazer cessar a eficácia de decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário.

Dessa forma, para que o Fisco volte a cobrar tributo posteriormente reconhecido constitucional em precedente proferido pelo Plenário do STF, antes da sistemática dos recursos repetitivos do art. 543-B do CPC, deverá pautar sua conduta em lista a ser elaborada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

4.3 Cessação automática dos efeitos da decisão transitada em julgado diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário

A cessação da eficácia da decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário ao posterior precedente objetivo e definitivo do STF opera-se de forma automática.

Quando o precedente do STF for favorável ao Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, que havia sido declarado inconstitucional na decisão anterior transitada em julgado, em relação aos fatos geradores surgidos dali para frente, independentemente de prévia autorização judicial nesse sentido.

Por outro lado, quando o precedente do STF for favorável ao contribuinte, este, igualmente, pode deixar de pagar o tributo, que havia sido declarado constitucional na decisão anterior transitada em julgado, em relação aos fatos geradores futuros, o que também independe de prévia autorização judicial.

Entende-se que, seja para o contribuinte deixar de pagar um tributo (quando o STF reconhece sua inconstitucionalidade), seja para o Fisco voltar a cobrar um tributo (quando o STF reconhece sua

constitucionalidade), mesmo havendo decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário, basta a publicação da decisão objetiva e definitiva da Suprema Corte, a qual tem aplicação automática, independente da propositura de qualquer outra ação e independente, inclusive, da edição de norma pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido está o Parecer 492/11 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que defende a cessação automática dos efeitos da coisa julgada para fatos geradores futuros por entender tratar-se de “mera decorrência lógica dos limites objetivos que balizam o alcance da eficácia da decisões judiciais” (p. 21).

Importante mencionar que a desnecessidade de prévio ajuizamento de ação judicial para que cessem os efeitos da decisão tributária transitada em julgado não significa ofensa ao disposto no art. 471, I, do CPC. Este dispositivo prevê a possibilidade de ajuizamento de ação revisional para que se possa rever o conteúdo das decisões transitadas em julgado quando sobrevier modificação no estado de fato ou de direito existentes à época da prolação da sentença reguladora de relação jurídica de direito material continuada²².

A hipótese tratada no art. 471, I, do CPC é excepcional e somente deve ser utilizada quando expressamente exigido por lei específica, como é o caso da ação revisional de alimentos ou de aluguel, respectivamente previstas nos arts. 1699 do Código Civil e 19 da Lei nº 8.245/91.

Dessa forma, diante da ausência de lei específica que exija expressamente o prévio ajuizamento de ação revisional para fins de cessação da eficácia da decisão transitada em julgado em matéria tributária, diante da modificação do seu suporte fático ou jurídico, cessarão automaticamente os efeitos da coisa julgada, como mera decorrência lógica e natural dos seus limites objetivos.

Sobre a cessação dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária, independentemente de ação revisional, Heleno Taveira Torres esclarece²³:

[...] nas relações ditas “continuativas”, a parte tem direito disponível para pedir, a qualquer tempo, a revisão do que foi determinado como objeto da coisa julgada. A ação revisional é cabível de forma subsidiária

22 Em palestra apresentada no XVI Congresso Internacional de Direito Tributário, em 2012, Humberto Theodoro Junior manifesta discordância ao Parecer da PGFN/CRJ nº 492/2011 no que tange à possibilidade de cessação automática dos efeitos da decisão transitada em julgado em sentido contrário ao posterior precedente do STF. Para o autor, haveria inovação no ordenamento jurídico em desrespeito à coisa julgada, na medida em que seria desconsiderada a norma constante do art. 471, I, do CPC, que exige, diante de modificação no estado de fato ou de direito atinente à relação jurídica continuada, o ajuizamento de ação revisional para que sejam afastados os efeitos da coisa julgada. Para Humberto Theodoro Junior, é imprescindível o manejo de ação revisional para que sejam afastados os efeitos da coisa julgada nas relações continuativas em que sobrevier mudança de fato ou de direito.

23 TORRES, op. cit., p. 480.

em matéria tributária, desnecessária, em todo caso, para a exigência de tributos após a declaração de constitucionalidade de lei pelo STF.

Por fim, ressalta-se que remanesce ao contribuinte a possibilidade do exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório em eventuais autos judiciais (na hipótese de o contribuinte ajuizar ação para impedir a cobrança do tributo), ou nos autos do próprio processo administrativo fiscal tendente à constituição do crédito tributário, de acordo com o Decreto nº 70.235/72, com a possibilidade inclusive de suspensão da exigibilidade do crédito tributário através da apresentação de impugnação pelo sujeito passivo.

4.4 Termo inicial para o Fisco voltar a cobrar o tributo ou para o contribuinte deixar de pagá-lo em conformidade ao precedente objetivo e definitivo do STF

O direito do contribuinte de deixar de pagar o tributo ou do Fisco de voltar a cobrá-lo em decorrência da superveniência de precedente do STF em sentido contrário à anterior decisão transitada em julgado, inicia-se como o trânsito em julgado da decisão do STF, momento a partir do qual a decisão da Suprema Corte adquire o caráter de definitividade. Em regra, este é o termo inicial.

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, no entanto, traz exceção à regra acima exposta em prol do contribuinte, em observância ao princípio da segurança jurídica e a seus corolários em matéria tributária, quais sejam, os princípios da não surpresa e da proteção da confiança. Dessa forma, no caso de o precedente do Supremo Tribunal Federal ter transitado em julgado em data anterior à publicação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 e tendo o Fisco restado inerte durante alguns anos, este somente poderá voltar a cobrar o tributo declarado constitucional pelo STF a partir da publicação do aludido Parecer, que se deu em 30 de março de 2011. O Parecer fundamenta esta exceção ao termo inicial para que o Fisco volte a cobrar o tributo, declarado constitucional em precedente do STF, no art. 146 do CTN, segundo o qual:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Caso o beneficiado pelo precedente do STF seja o contribuinte, o termo inicial para deixar de pagar o tributo é a data da publicação

do precedente independentemente deste ter sido publicado antes do mencionado Parecer. Neste caso, porém, importante a ressalva de que não é cabível a ação de repetição de indébito para o período anterior à publicação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, sob pena de afronta ao princípio da isonomia em relação ao tratamento dispendido ao Fisco.

No caso em que o Fisco, antes da publicação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, já tenha voltado a cobrar o tributo em consonância ao precedente do STF que fez cessar a decisão anteriormente transitada em julgado, não há falar de observância aos princípios da não surpresa e da proteção da confiança, tendo em vista que o contribuinte já seria conhecedor do comportamento do Fisco tendente à cobrança do crédito tributário, assim como o critério jurídico contido no Parecer não representaria novidade para o contribuinte.

4.5 Vinculatividade do parecer da PGFN/CRJ nº 492/2011

Os pareceres da Administração Pública são atos administrativos sem cunho decisório, possuindo apenas conteúdo opinativo e informativo. Assim, de regra, não possuem força vinculante e normativa necessária para obrigar e determinar condutas à Administração Pública.

No entanto, caso o parecer seja acompanhado de outro ato administrativo que o aprove se tornará um ato normativo vinculante, vinculando a atuação da Administração Pública.

Este foi o caso do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, publicado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em 30 de março de 2011 e aprovado pelo Ministro da Fazenda, Guido Mantega, em 24 de maio de 2011.

O Código Tributário Nacional (arts. 96 e 100), estabelece que os atos normativos expedidos pela autoridade administrativa compreendem-se no conceito de “legislação tributária”, legislação esta que vincula diretamente a Administração.

O parecer emitido pela Administração Fazendária, como é caso do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, inclui-se no conceito de “legislação tributária” trazido pelo CTN, porém não é lei em sentido estrito (art. 59 da Constituição da República).

Assim, se o do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 não é lei, pergunta-se: a quem vincula? Somente à Administração Fazendária? Além da Procuradoria da Fazenda Nacional, a Receita Federal do Brasil também estaria submetida ao Parecer?

De fato, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 vincula tão somente a Administração Pública Tributária, na qual compreendem-se tanto a Procuradoria da Fazenda Nacional como a Receita Federal do Brasil.

Dessa forma, caso sobrevenha precedente do STF que passe a considerar determinado tributo inconstitucional - cuja incidência havia sido declarada constitucional por anterior decisão transitada em julgado - o Fisco, Procuradoria da Fazenda e Receita Federal, deve imediatamente deixar de proceder à cobrança (administrativa e/ou judicial) do tributo. E isso porque o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 é norma que vincula o comportamento da Administração.

Os particulares, entretanto, não estão submetidos às orientações do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Assim sendo, como justificar que se retome a cobrança de tributos declarados constitucionais em superveniente precedente do Supremo Tribunal Federal? O Fisco poderá retomar automaticamente a cobrança do tributo face ao contribuinte que detém coisa julgada em sentido contrário (decorrente de decisão prolatada anteriormente ao precedente do STF) e que, como visto, não está submetido às disposições do referido Parecer?

Entende-se que sim, que o Fisco poderá voltar a cobrar o tributo declarado constitucional em posterior precedente do STF. A justificativa para tanto é decorrência natural dos limites objetivos da coisa julgada, assim como fundamenta-se no princípio da justiça fiscal, especialmente nos princípios da isonomia e da livre concorrência.

Como já explicitado nos capítulos antecedentes, enquanto a relação jurídica se mantiver com os mesmos elementos, de fato e de direito, que foram objeto do julgamento transitado em julgado, a coisa julgada será mantida. No entanto, quando houver a alteração da situação de fato ou de direito que determine o surgimento de nova relação jurídica, esta não estará acobertada pela coisa julgada.

A superveniência de precedente do STF, de caráter objetivo e definitivo (compreendidos aqui tanto os julgamentos oriundos do controle concentrado de constitucionalidade, quanto do controle difuso - com as ressalvas feitas no capítulo 4.2.2) constitui novo elemento de direito que determina o nascimento de nova relação jurídica, a qual, portanto, não estará acobertada pela autoridade da coisa julgada da decisão anteriormente transitada em julgado.

Assim, a questão ora debatida tem relação direta com os limites objetivos da coisa julgada, razão pela qual desnecessário perquirir-se sobre o efeito vinculante do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 face ao contribuinte. A devida e adequada compreensão dos limites objetivos da coisa julgada já traz consigo a solução ao problema.

Ademais, a atuação do Fisco estará fundamentada nos princípios da isonomia e da livre concorrência, na medida em que a eterna submissão de um contribuinte-empresa a uma determinada decisão transitada

em julgado em sentido contrário a superveniente precedente do STF provocaria situação de desigualdade em relação a outras empresas que não estivessem amparadas pela coisa julgada.

4.6 Necessidade de regulamentação do parecer da PGFN/CRJ nº 492/2011

Defende-se, neste trabalho, a necessidade de regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 a fim de torná-lo efetivamente aplicável por parte da Administração e por parte do contribuinte.

Sustenta-se ser imprescindível que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional elabore uma lista, de caráter taxativo, para a qual seja dada ampla publicidade e na qual sejam devidamente apontados quais são exatamente os precedentes proferidos pelo Plenário do STF que, apesar de proferidos antes da sistemática dos recursos repetitivos do art. 543-B do CPC, possuiriam o caráter de definitividade por veicularem entendimento reiterado em julgados posteriores.

Também é importante que seja dada maior publicidade ao Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 para que tanto o contribuinte quanto a Administração Tributária possa pautar sua conduta de acordo as diretrizes constantes do Parecer.

No controle concentrado de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal possuem eficácia *erga omnes*, o que reforça a legitimidade da tese de cessação automática dos efeitos da decisão transitada em julgado em sentido contrário, uma vez que se presume o seu conhecimento por toda a comunidade jurídica.

No entanto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não tem, via de regra, efeitos *erga omnes*, o que suscita o questionamento acerca da necessidade de a Administração Fazendária dar publicidade à decisão da Suprema Corte a fim de proceder à cessação dos efeitos da coisa julgada em sentido contrário.

Assim, além de absolutamente indispensável dar-se publicidade às decisões reiteradas proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal antes da sistemática dos recursos repetitivos do art. 543-B do CPC (através da elaboração de uma lista taxativa), em cumprimento aos princípios constitucionais da eficiência e transparência dos atos da Administração Pública, também se afigura altamente recomendado que seja dada publicidade ao referido Parecer como um todo e inclusive para os casos de decisões da Suprema Corte proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade de acordo com a sistemática do art. 543-B do CPC.

A regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, por ato do Procurador Geral da Fazenda Nacional, além de importante para possibilitar o seu fiel cumprimento, conferir-lhe-á legitimidade, na mesma linha do que ocorreu a partir do disposto no art. 19, II, da Lei 10.522/01²⁴, segundo o qual o Procurador da Fazenda Nacional está autorizado a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, na hipótese de a decisão versar sobre matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Portanto, a regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 através da elaboração de uma lista na qual sejam arrolados os julgados reiterados proferidos pelo Plenário do STF em sede de controle difuso, antes e inclusive após a sistemática do art. 543-B do CPC, torná-lo-á - juntamente com uma ampla divulgação no âmbito da Administração e fora dela através da mídia - efetivamente aplicável.

5 CONCLUSÃO

1. Verifica-se na atualidade uma crescente litigiosidade, com o aumento do volume de processos judiciais, especialmente em sede de controle de constitucionalidade, o que tem alimentado a importância de definir-se com maior clareza e precisão os limites da coisa julgada ao longo do tempo, no que tange às relações jurídicas tributárias continuadas, e o impacto que sobre elas exerce a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O objeto do presente estudo consistiu na análise da mitigação da autoridade da coisa julgada com a cessação prospectiva dos seus efeitos, relativamente às relações tributárias de trato sucessivo, diante da superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

2. De fato, com a superveniência de precedente objetivo e definitivo do STF está-se diante de novo elemento de direito que fará surgir nova relação jurídica, a qual não estará adstrita aos limites objetivos da coisa julgada.

24 Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

III - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

Concluiu-se que os limites temporais da coisa julgada, ou seja, os efeitos da coisa julgada no tempo, têm relação direta com os seus limites objetivos.

Assim, enquanto a relação jurídica se mantiver com os mesmos elementos, de fato e de direito, que foram objeto do julgamento transitado em julgado, a coisa julgada será mantida. No entanto, quando houver a alteração da situação de fato ou de direito que determine o surgimento de nova relação jurídica, esta não estará acobertada pela coisa julgada.

3. Nesse sentido, foi elaborado o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, que trata especificamente da alteração do suporte jurídico de decisão judicial atinente à relação jurídica tributária continuativa, consistente na superveniência de precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal, que tem o condão de fazer cessar automaticamente a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado em relação a fatos geradores futuros.

Apresentaram-se alguns questionamentos acerca da necessidade de regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 e algumas propostas de soluções pontuais para o seu fiel cumprimento pela Administração e por parte dos contribuintes.

Os questionamentos foram direcionados especialmente às hipóteses de precedentes do STF proferidos em sede de controle difuso, tendo em vista que tradicionalmente não possuem eficácia *erga omnes*. No entanto, entendeu-se, adotando-se as premissas apresentadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, que tais decisões, por si só, já ostentam caráter objetivo, geral e definitivo, a ponto de impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo.

Verifica-se que, atualmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando proferidas pelo órgão Plenário, têm adquirido um caráter objetivo que transcende a esfera específica e restrita da demanda, independentemente de edição de Resolução pelo Senado Federal.

Dessa forma, levando-se em conta as relações jurídicas tributárias de trato continuado, a partir desse novo elemento agregado à ordem jurídica, oriundo de precedente objetivo e definitivo do STF, estar-se-á diante de nova relação jurídica tributária, que não será alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada. Assim, independente da presença ou não da mencionada eficácia *erga omnes* nas decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, pode-se afirmar que, pelo fato de agregarem um novo elemento à ordem jurídica, já serão suficientes para fazer cessar os efeitos de decisão anterior transitada em julgado em sentido contrário.

4. Em cumprimento aos princípios constitucionais da eficiência e transparência dos atos da Administração Pública, para o fim de dar publicidade às decisões reiteradas proferidas em sede de controle difuso

de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, apontou-se a necessidade de regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, através da elaboração de uma lista pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional, na qual sejam arrolados os julgados reiterados proferidos pelo Plenário do STF em sede de controle difuso, antes e inclusive após a sistemática do art. 543-B do CPC, a fim de torná-lo - juntamente com uma ampla divulgação no âmbito da Administração e fora dela através da mídia - efetivamente aplicável.

Portanto, com a regulamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 e sua fiel observância pela Administração Pública e pelo administrado, entende-se ser possível equacionar o conflito entre a garantia da coisa julgada e o princípio da supremacia da Constituição da República.

5. Por fim, é importante salientar que a tese defendida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 não se equipara à hipótese de relativização da coisa julgada, na medida em que esta é inclusive preservada e prestigiada mediante o respeito aos seus limites objetivos, nos quais não está compreendida a nova relação jurídica advinda de superveniente precedente objetivo e definitivo do STF.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. *Revista de Direito Privado*. Coordenadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ano 6, jul./set. 2005.

ANGELIS, Juliano De. *A aproximação entre os modelos difuso e concentrado no controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11556>. Acesso em: 24 mar. 2013.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011*. Disponível em: <[http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s1=DSP00000SN2011052401\\$.CHAT.%20E%20MF.ORGA.&l=0&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=0&f=S&d=SIAT&SECT1=SIATW3, 2011](http://sijut.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s1=DSP00000SN2011052401$.CHAT.%20E%20MF.ORGA.&l=0&p=1&u=/netahtml/Pesquisa.htm&r=0&f=S&d=SIAT&SECT1=SIATW3, 2011)>.

CASTRO, Aldemario Araujo. *Efeito Vinculante Administrativo em Matéria Tributária: Virtudes e Vicissitudes*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/efevin2.htm>>. 2000.

DIDIER JR., Fredie, “et al”. *Curso de Direito Processual Civil*. v, 5, 4. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo; jan./dez. 2001.

GARCIA, Maria. A inconstitucionalidade da Coisa Julgada. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo; abr./jun. 2004.

GONÇALVES, Carla de Lourdes. Coisa Julgada: é possível sua alteração em matéria tributária? In: BARRETO, Aires Fernandino. *Direito Tributário Contemporâneo – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, “et al”. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade incidental*. Repertório IOB de Jurisprudência, nº 24, p.603/606, dezembro de 1997.

_____. *O controle incidental de normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=3:controle-concreto-de-normas&Itemid=74>. Acesso em: 24 mar. 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. *Revista de Processo*, n. 34, ano IX, abr./jun. 1984.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. *Revista de Processo*, ano 30, maio 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de. *Os Limites Objetivos e “Temporais” da Coisa Julgada e Ação Declaratória no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Coisa Julgada em matéria tributária: rigidez ou flexibilidade?* O Parecer PGFN nº 492/2011. Palestra apresentada no XVI Congresso Internacional de Direito Tributário (2012). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=CtYAf0ljv4>>. 2012.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica. *Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10296/embargos-a-execucao-com-eficacia-rescisoria>>. 2007.