

Publicações da Escola da AGU

Curso de Pós-Graduação em Processo Civil volume 2

n. 31 dezembro 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 31	p. 1-306	dezembro 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 Ciani
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 2- SP -
Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 31, v.2 (dez. 2013).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14
periodicidade mensal.

ISSN 2236-4374

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

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

SUMÁRIO

Prefácio	5
Limites à Ampliação da Causa de Pedir Contraditório e Segurança Jurídica <i>The Limits of the Cause of Action Extension, Adversary System And Juridical Security</i> <i>Jean Carlos Pinto</i>	9
Embargos de Declaração e Admissibilidade do Recurso Especial e Extraordinário: análise comparativa da súmula 356 do STF e 211 do STJ <i>Motions for Clarification And Admissibility of the “Recurso Especial” (Appeal To the Superior Court of Justice) E dos “Recurso Extraordinário” (Appeal To the Brazilian Supreme Court): Comparative Analysis of Digest 356 of the Stf (Supreme Court) and Digest 211 of the Stj (Superior Court)</i> <i>Kelly Paulino Venâncio</i>	39
A Execução Provisória em Face da Fazenda Pública <i>The Preliminary Enforcement Against the State Treasury</i> <i>Leonardo Castro de Sá Vintena</i>	69
O Auxílio Direto - Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional <i>The Direct Assistance - International Legal Cooperation Instrument</i> <i>Luíz Carlos de Freitas</i>	99
Recurso especial repetitivo: técnica de fortalecimento do precedente Special <i>Repetitive Recourse: technique for strengthening precedent</i> <i>Maria Carolina de Medeiros Redi</i>	145
A Necessidade de Inserção de Elementos de Contenção no Recurso Especial <i>The Need for Containment’s Elements on Special Appeal.</i> <i>Morgana Lopes Cardoso Falabella</i>	175
Mandado de Segurança Coletivo e a Legitimidade <i>Writ of mandamus and legal standing</i> <i>Priscilla Souza e Silva Menário Scofano</i>	223

Suspensão de Segurança na Visão da Doutrina e da Jurisprudência <i>Stay of Preliminary Order in View of the Doctrine and Jurisprudence</i> Roberto Rodrigues Pandeló.....	251
---	-----

Incidente de Inconstitucionalidade em Ação Civil Pública no Novo Código de Processo Civil <i>Effects of the declaration of Unconstitutionality in Place of Public Civil Action in the New Code of Civil Procedure</i> Rodrigo Fernando Machado Chaves.....	281
---	-----

Primeiras linhas sobre a responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de ‘insucesso final’ da ação de improbidade administrativa <i>First lines about responsibility for damages incurred resulting from effective emergency guardianships in case of “final failure” of administrative misconduct action</i> Rodrigo Mazzei Bruno Pereira Marques	307
--	-----

PREFÁCIO

No prefácio do Volume I desta edição - *Publicações da Escola da AGU – Curso de Pós-Graduação em Processo Civil* - apresentamos o histórico da origem desta importante parceria entre Advocacia-Geral da União e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para a produção do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, um projeto piloto de grande sucesso.

Agora no prefácio deste Volume II, é com grande honra que expomos cada um dos artigos elaborados para esta coletânea com base nos estudos desenvolvidos por parte da Turma 2012/2013.

O Volume I é composto por dez artigos notáveis, com ênfase em aspectos pragmáticos das controvérsias processuais e seus efeitos na construção do direito do acesso à Justiça com melhor qualidade.

ALESSANDRO RODRIGUES JUNQUEIRA, Procurador do Estado, aborda a delicada questão do Juizado Especiais da Fazenda Pública e os influxos dos princípios da Administração Pública, em especial da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e demonstra o cabimento de algumas impugnações autônomas a serem admitidos nesta esfera.

A nova questão da utilização da arbitragem na Administração Pública é o tema abordado pelo Procurador do Estado ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA, que além das referências teóricas, expõe a interessante análise de casos práticos.

A questão dos precedentes judiciais originados no procedimento do julgamento de recursos repetitivos no STJ como fonte de direito é a questão tratada no artigo de CARLA MARIA DE MEDEIROS PIRÁ, Procuradora da Fazenda Nacional.

O Procurador do Estado DANILO BARTH PIRES analisa a controvertida questão da declaração da litigância de má-fé e a Advocacia de Estado, com ênfase aos aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

EDUARDO FRONZAGLIA FERREIRA, Procurador do Estado, enfrentou o tormentoso problema do processo executório contra a Fazenda Pública na esfera dos juizados especiais estaduais e ressalta a divergência jurisprudencial existente.

Significativo estudo sobre as decisões monocráticas nos Tribunais foi feito pela Advogada da União ELAINE GUADANUCCI LLAGUNO, com

ênfase na complexidade a ser mais estudada entre decisões mais céleres e a observância do duplo grau de jurisdição, colegiado.

EMILIO CARLOS BRASIL DIAZ, Advogado da União, apresenta discussão sobre a influência política no critério de fixação do instituto do prequestionamento diante do elevado volume de recursos ajuizados.

FERNANDA MATTAR FURTADO SURIANI, Procuradora Federal, apresenta estudo de caso inovador sobre a teoria da flexibilização procedimental aplicada ao Juizado Especial Federal de São Paulo.

Pertinente análise do instituto da suspensão da segurança foi objeto de pesquisa de ROBERTO RODRIGUES PANDELÓ, Procurador do Banco Central do Brasil, com realce a aspectos correlatos como o ativismo judicial e autocontenção judicial na recente jurisprudência dos tribunais superiores.

O II Volume é constituído por dez artigos relevantes sobre problemas específicos a serem enfrentados pelo operador do direito no exercício de suas atividades cotidianas.

FERNANDO DUTRA COSTA, Procurador Federal, critica a propensão de adoção das súmulas emitidas pelo STF e STJ.

O caso específico da repercussão do Parecer PGFN/CFJ n.º 492/2011 e usado como paradigma pela Procuradora da Fazenda Nacional FLÁVIA OLIVA ZAMBONI para discorrer sobre o impacto dos precedentes do STF sobre a autoridade da coisa julgada relativa às relações jurídicas tributárias continuadas.

Uma profunda análise constitucional sobre os parâmetros da delimitação das causas de pedir é apresentada pelo Advogado da União JEAN CARLOS PINTO, com enfoque na busca pela segurança jurídica.

A Procuradora do Estado KELLY PAULINA VENÂNCIO apresenta um trabalho significativo sobre a utilização do recurso de embargos de declaração com o fim exclusivo de prequestionamento e a visão conflitante do tema perante os Tribunais Superiores.

A análise dos requisitos e restrições do regime jurídico da execução provisória em face da Fazenda Pública é o tema do artigo desenvolvido pelo Procurador do Estado LEONARDO CASTRO DE SÁ VINTENA.

Inovador e profundo é o estudo apresentado pelo Advogado da União LUIZ CARLOS DE FREITAS, com foco na análise do auxílio direto,

instrumento de cooperação jurídica internacional, sob o enfoque formal e procedimental.

MARIA CAROLINA DE MEDEIROS REDI, Procuradora da Fazenda Nacional analisa o fortalecimento da técnica do precedente no direito brasileiro, com enfoque multifocal doutrinário, jurisprudencial e do projeto do novo CPC.

Com o fim de buscar meios para otimizar a atuação do Superior Tribunal de Justiça a Procuradora Federal MORGANA LOPES CARDOSO FALABELLA analisa os elementos de contenção no âmbito do recurso especial, com ênfase na repercussão geral e a súmula impeditiva de recursos.

A Procuradora do Estado PRISCILLA SOUZA E SILVIA MENÁRIO SCOFANO aprofunda sua investigação na questão da legitimidade no mandado de segurança coletivo e corrobora posições da doutrina com julgamentos referenciais.

Com uma proposta diferenciada, RODRIGO FERNANDO MACHADO CHAVES, Procurador Federal esquadrinha o problema específico do incidente da inconstitucionalidade na ação civil pública, sob o ponto de vista dos efeitos erga omnes, assim como, aponta falhas da condução do assunto na elaboração do projeto do novo CPC.

Assim, esperamos que esta coletânea seja um instrumento útil para o desenvolvimento científico do Direito Processual Civil, com uma contribuição diferenciada, que é o compartilhamento da visão e da experiência do Advogado Público.

Patricia Ulson Pizarro Werner
Procuradora do Estado
Diretora da ESPGE

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



LIMITES À AMPLIAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR CONTRADITÓRIO E SEGURANÇA JURÍDICA

*THE LIMITS OF THE CAUSE OF ACTION EXTENSION,
ADVERSARY SYSTEM AND JURIDICAL SECURITY*

Jean Carlos Pinto

Advogado da União

*Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da AGU e
Escola da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução 1 Causa de Pedir; 1.1 Conceito; 1.2 Teorias sobre Causa de Pedir; 1.2.1 Direitos relativos e absolutos; 1.2.2 Direitos autodeterminados e heterodeterminados; 1.2.3 Análise Crítica das Teorias; 1.3 Elementos da Causa de Pedir; 1.4 Os Fatos ou Causa de Pedir Remota; 1.5 Fundamentos Jurídicos ou Causa de Pedir Próxima; 2 Os Limites de Alteração da Causa de Pedir; 2.1 O Contraditório na Modificação da Causa de Pedir; 2.2 Direito Superveniente; 2.3 Modificação da Causa de Pedir por Direito Superveniente; 2.4 O Acesso à Justiça sem Prejuízo dos Limites Formais da Causa de Pedir; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A compreensão da causa de pedir auxilia na delimitação do objeto do processo e na estabilidade da demanda. Assim, não deve ser flexibilizada fora dos parâmetros legais para alcançar uma suposta celeridade processual. Há valores constitucionais que devem ser prestigiados como a segurança jurídica e o contraditório.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Demanda. Causa de Pedir. Segurança Jurídica. Contraditório.

ABSTRACT: The comprehension of the Cause of Action aids in the delimitation of the subject of the process and also in the stability of the suit. Thereby, it should not be flexible outside the legal parameters to reach a supposed celerity in the process. There are constitutional values that should be prestiged such as the judicial security and the adversary system.

KEYWORDS: Process. Suit. Cause of Action. Judicial Security. Adversary System.

INTRODUÇÃO

As categorias jurídicas que compõem o sistema processual são: *jurisdição, ação, defesa e processo*. A causa de pedir está situada dentro da categoria processo, sendo a demanda o ato que inicia a relação jurídica processual, logo, é importante fazer a distinção entre demanda e ação.

Ação é o poder de iniciar o processo e deste participar para obter uma manifestação do judiciário.¹ Constitui-se no direito ou poder de exigir o provimento jurisdicional. Corresponde ao direito de petição, de demandar ou acesso ao Judiciário.² Há exercício do direito de ação quando é proferida uma sentença procedente, bem como quando o pedido é julgado improcedente.

A ação em termos científicos não pode ser classificada. É que ação consiste no poder de provocar a jurisdição, a qual é uma, são inadequadas as classificações em ação de despejo, ação reivindicatória, ação trabalhista, ação penal. Essas classificações ligam o exercício do direito de ação – demanda – ao tipo de tutela jurisdicional ou a pretensão.³ Portanto, o que seria objeto de classificação é o conjunto das diversas categorias de demandas, exemplo: pretensão de despejo, pretensão reivindicatória, pretensão trabalhista e pretensão penal.

A demanda é o ato – manifestação de vontade – de pedir um provimento jurisdicional sobre uma pretensão. É o exercício do direito/poder de ação. Desta forma, não se propõe uma ação, mas uma demanda.⁴

A pretensão é o conteúdo da demanda e consiste na exigência de subordinação de um interesse alheio ao próprio.⁵ É através da pretensão que se inicia a atividade jurisdicional que é inerte.

1 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 302.

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

3 CÂMERA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.132. Nesse sentido Bedaque destaca “[...] Aliás para determinadas situações da vida existem tutelas específicas. Dai falar-se que a tipicidade não é da ação, mas da tutela pleiteada. Existe um nexo entre o direito de agir em juízo e a tutela a um direito substancial, o que não significa, todavia, sejam a ação, a demanda e a defesa passíveis de classificações e distinções de conteúdo, relacionadas, na verdade, ao tipo de provimento e de tutela. O elemento variável da demanda é exatamente o tipo de tutela, que leva em conta o resultado do processo e que pode ser objeto de classificação.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

4 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307.

5 Conforme Dinamarco pretensão era conceituada como direito de obter em juízo um bem da vida. Esse conceito é criticado porque não prestigia a evolução científica do processo civil que firmou a sua autonomia em relação ao direito processual e “[...] mistura, numa massa só, o direito subjetivo ao bem e o direito a obter o pronunciamento judicial a respeito da aspiração de obtê-lo”. Dinamarco ainda pondera que esse conceito de pretensão foi o adotado pelo Código Civil. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 107.

Os elementos constitutivos da demanda ou elementos essenciais são extraídos da relação jurídica de direito material⁶ e permitem identificar a demanda. Esses elementos são: as partes, a causa de pedir e o pedido.⁷

A doutrina classifica esses elementos em subjetivos que seriam as partes e em elementos objetivos que seriam a causa de pedir e o pedido.

A exata identificação da demanda é fundamental para se verificar a cumulação de demandas, a litispendência, os limites da coisa julgada, as hipóteses de conexão, continência e modificação da demanda.⁸

Diversos métodos têm sido pesquisados pela doutrina com a finalidade de individuar a *res in iudicium deducta*, sendo as precursoras as teorias da tríplice identidade – sujeitos, causa de pedir e pedido – e a da identidade da relação jurídica, sendo Saviny o seu divulgador.⁹

Predomina na doutrina o entendimento de que foi acolhido pelo CPC a teoria da *tríplice identidade*, em detrimento da teoria da *identidade da relação jurídica* segundo a qual uma demanda é idêntica a outra quando forem iguais as partes e a questão do processo constar da causa próxima.¹⁰

1 CAUSA DE PEDIR

1.1 Conceito

A expressão causa é utilizada para indicar o tema sobre o qual versa “a controvérsia de natureza civil ou o conflito de interesse de alta relevância social na esfera penal”. Consiste na demonstração da matéria litigiosa apresentada ao juízo.¹¹

6 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307. CÂMERA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.

7 Conforme Bedaque, “A causa de pedir é elemento essencial da ação, pois revela a conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão por ele formulada. O provimento será emitido em razão de uma situação jurídica material.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

8 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 113.

9 Ibidem, p. 80.

10 JARDIM, Augusto Tanger. *A Causa de Pedir no Direito Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 56. Destaca TUCCI que “A despeito de a primeira ter recebido acolhida, em princípio, somente entre os especialistas alemães, acabou sendo reconhecida a sua importância, sobretudo para demonstrar a insuficiência da teoria dos tria eadem na solução de algumas hipóteses específicas.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 80.

11 Sobre conceito de causa pedir verificar TUCCI, op. cit., p. 25. Ainda destaca Cruz e Tucci que “Hoje é tarefa praticamente impossível emitir um conceito unívoco e abrangente de causa de pedir”, op. cit., p. 26.

A causa de pedir se refere ao fato ou conjunto de fatos descritos para fundamentar a pretensão (processual) do autor. O fato ou conjunto de fatos necessários para delimitar o objeto do processo e que formam a causa de pedir são apenas os necessários para definir a pretensão.¹²

É o elemento objetivo da demanda mais complexo, por isso seu conceito na doutrina é difuso.¹³ Cruz e Tucci assinala que as questões referentes à causa de pedir é a mais complexa e controvertida entre as que permitem a individualização da demanda.¹⁴

A causa de pedir remota abrange o fato constitutivo do vínculo e o fato particular, “isto é, o fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, que constitui o interesse de agir”.¹⁵

Na petição inicial, é ônus do autor descrever um fato ou conjunto de fatos a serem enquadrados em uma regra jurídica, bem como a conclusão jurídica pretendida, ou seja, o pedido.

Ao descrever a causa de pedir remota, cabe ao autor apontar os fatos constitutivos do direito, o qual consiste na indicação do fato constitutivo do vínculo e o fato particular (fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor, caracterizador do interesse de agir).

Os fatos jurídicos constitutivos que permitem definir a pretensão do autor, são denominados de fatos principais, relevantes ou essenciais.

1.2 Teorias Sobre Causa De Pedir

Há duas teorias relevantes sobre a causa de pedir: a da substanciação e da individualização ou individuação.

A teoria da individualização aponta que a causa de pedir se consubstancia na relação jurídica afirmada pelo autor para fundamentar seu pedido. O conteúdo é apenas a relação jurídica deduzida. Seria suficiente especificar o direito substancial em que se baseia a tutela pleiteada, nessa linha leciona Mesquita, *in verbis*:

12 Conforme expõe Bedaque, “A causa petendi é representada pelo fato constitutivo do vínculo jurídico, bem como o fato afirmado pelo autor que torna necessária a intervenção jurisdicional. Tais fatos dão origem a uma relação jurídica de direito material e a um direito que dela origina. Tudo isso da ótica do autor”, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz.

13 TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 161.

14 TUCCI, op. cit., p. 27.

15 TEIXEIRA, op. cit., p. 163.

Com efeito, segundo os adeptos da individualização do pedido, desde que permaneça inalterada a relação afirmada pelo autor, a mudança dos fatos constitutivos não importa alteração da *causa petendi*, portanto da ação, como também da sentença que decidir sobre uma determinada relação jurídica se estenderá a todos os fatos que em seu apoio pudessem ter sido alegados pelo autor, tornando improponível nova demanda sobre a mesma relação de direito ainda que fundada em fatos não alegados na primeira.¹⁶

Para a teoria da individualização, a causa de pedir contém a relação jurídica, quando esta permanecer estável, a alteração dos fatos constitutivos não implica em modificação da causa de pedir. A sentença proferida sobre a relação jurídica afirmada alcançará todos os fatos a ela inerentes, ainda que não tenham sido apresentados no curso do processo. Será vedada a propositura de nova demanda referente a essa relação jurídica, ainda que baseada em fatos não apresentados na primeira.¹⁷

A descrição do fato constitutivo pode ser importante para se obter a procedência do pedido ao permitir demonstrar a relação jurídica de propriedade, mas será despicienda para identificação do direito. Não haverá modificação da demanda se for apresentado um título ou outro.¹⁸

Na teoria da individuação, a demanda é identificada através do conteúdo do direito deduzido, logo, todos os fatos que amparam o direito deduzido ficam absorvidos. Não será possível a propositura de outra demanda com a mesma pretensão pautada em fatos existentes. Os fatos jurídicos somente provam o direito, mas não permitem a identificação.

Na individuação será necessário um tempo maior para concluir o processo, diante da ampla possibilidade de serem modificados os fatos constitutivos com a inserção de novas deduções, se permanecer inalterado o direito afirmado.¹⁹

Quando a ação decorrer de direitos relativos, como os obrigacionais, não é suficiente apontar a relação jurídica para identificação da ação, uma

16 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A causa petendi nas ações reivindicatórias. In: *Revista da Ajuris*. v. 20. RS: VII, p. 166/80, nov. 1980. p. 169.

17 Nessa linha, destaca Teixeira que A teoria da individualização encontra amparo nas causas que versam sobre os denominados direitos absolutos, como os direitos reais de gozo, de família ou referentes ao estado da pessoa, uma vez que, nas demandas que envolvem direitos relativos, como relações jurídicas obrigacionais, é necessária a indicação do fato constitutivo." TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. O princípio da eventualidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 182.

18 TEIXEIRA, op. cit., p. 182.

19 LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006. p. 89.

vez que a mesma situação pode despontar de diferentes causas, por isso, a necessidade de ser indicado o fato constitutivo.²⁰

Já para a teoria da substanciação, o conteúdo da causa de pedir é formado pelo fato constitutivo ou conjunto de fatos que sustenta a pretensão do autor. Se houver alteração destes, modifica-se a ação e ainda os efeitos da coisa julgada alcançará esses fatos. Nessa linha, destaca Mesquita²¹, *in verbis*:

Considerada a *causa petendi* como o fato ou complexo de fatos aptos as suportarem a pretensão do autor, ou assim por ele considerados, resulta que a mudança destes fatos ainda que permaneçam idênticos o *petitum* e o direito alegado pelo autor, importará sempre em mudanças da ação, como, também, que a sentença pronunciada com base em dados fatos constitutivos torna improponível nova demanda entre as mesmas partes fundada nos mesmos fatos, ainda que o autor da novada ação pretenda deles tirara uma nova consequência jurídica ou estão de direito. [...]

Na teoria da substanciação, o conteúdo da causa de pedir é integrado pelos fatos constitutivos ou conjunto de fatos aptos a amparar a pretensão do autor. Se houver alteração dos fatos, mas idênticos o pedido e o direito afirmado, há modificação da ação.²²

O princípio da eventualidade é relevante nos sistemas que aderiram à teoria da substanciação, por ser necessária a indicação dos fatos constitutivos do direito do autor. Os sistemas adeptos da teoria da individualização, na qual os fatos são irrelevantes para identificar a demanda, o princípio da eventualidade é indiferente.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, a eventualidade constitui, em última análise, *pressuposto da teoria da substanciação*, tendo em vista que exige exposição simultânea, na petição inicial, dos fatos que fazem emergir a pretensão do demandante (*causa de pedir remota*) e do enquadramento da situação jurídica contrária à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquele (*causa de pedir próxima*).

Portanto, na teoria da substanciação, a demanda judicial deve apresentar a descrição dos fatos constitutivos do direito, o fato constitutivo

20 O exemplo de Teixeira ilustra essa situação, "Se, por exemplo, alguém se diz credor de outra pessoa, pode ostentar essa qualidade por meio de um contrato de mútuo, de compra e venda ou de qualquer outro título. Dessa maneira, nas demandas que versem sobre direitos relativos, como qualquer fato é apto a preencher o suporte legal, deve haver a descrição exata dos fatos." TEIXEIRA, op. cit., p. 183.

21 MESQUITA, op. cit., p. 169.

22 Sobre o princípio a eventualidade na causa de pedir ver: TEIXEIRA, op. cit., p. 184/187.

permite a sua configuração; já na teoria da individuação deve o autor apresentar o direito ou relação jurídica afirmada²³, na individuação a delimitação decorre do direito afirmado.²⁴

A maior ou menor substanciação da demanda decorre da descrição suficiente dos fatos, com maior ou menor detalhamento, conforme a natureza do direito material deduzido.

1.2.1 Direitos Relativos e Absolutos

Os direitos absolutos caracterizam-se por sua eficácia universal, de forma que impõem sujeição de todos em relação ao titular do direito. Esse direito implica no dever de todos se absterem de perturbar o direito de gozo e fruição. Os direitos relativos têm eficácia em relação a apenas uma pessoa ou mais pessoas determinadas, as quais devem fazer ou não fazer.

A doutrina inclui entre os direitos absolutos (a) os direitos reais de gozo (b) direitos sobre bens imateriais (c) os direitos de personalidade (nome, imagem, privacidade, honra, vida, liberdade, etc.) (d) os direitos de *status civitatis* e de família.

No direito brasileiro, é necessária a exposição na inicial dos fatos e fundamentos jurídicos da demanda, art. 282, III, CPC. Será inepta a petição inicial de reivindicatória em que o autor simplesmente afirme ser proprietário do bem. Deve ser indicada a origem do direito de propriedade (direitos de propriedade decorrente de compra e venda, doação, sucessão etc.). Os demais dados descritos serão fatos secundários sendo irrelevantes para a *res in iudicio deducto*.

Isso demonstra que a substanciação nos direitos reais de gozo, é menos intensa do que nos casos de direitos relativos, como, por exemplo, direito de crédito. Neste caso, deverá o autor descrever detalhadamente as circunstâncias relativas ao seu direito, as quais são essenciais para identificar a causa de pedir.

Não pode ser admitida a doutrina que aponta ser a causa de pedir nos direitos reais, a simples afirmação dos direitos de propriedade, independentemente do título de aquisição. Esse entendimento se pauta na absorção de todos os títulos de aquisição pelo direito dominial ou na ideia de que o importante é a aquisição originária.

Assim, nas demandas referentes a direitos absolutos, a descrição dos fatos é importante na proporção necessária para ser identificado o direito pleiteado. Quanto aos direitos relativos, estes podem subsistir

23 LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método, 2006. p. 87.

24 Ibidem, p. 87.

mais de uma vez com vários direitos similares, entre as mesmas partes, sendo, entretanto, distinto, por isso, o fato constitutivo é mais relevante. É necessário maior detalhamento da causa de pedir.

1.2.2 Direitos Autodeterminados e Heterodeterminados

Diante da proximidade conceitual de ambas as teorias, da multiplicidade de eficácias do direito material em relação a terceiros e migrando essa noção para o direito processual, foi desenvolvida a ideia de determinação do direito para se identificar a causa de pedir. Assim, em função do direito tutelado, a doutrina faz distinção entre direito autodeterminado e direito heterodeterminados.²⁵

Demandas autodeterminadas são identificadas através do conteúdo do direito material deduzido. Quando há eficácia *erga omnes* desse direito, que provoca a submissão de todos e que não podem coexistir mais de uma vez entre as mesmas partes com idêntico conteúdo, é suficiente identificar o conteúdo do direito deduzido para especificar *a res in iudicio deducta*.²⁶

São aqueles direitos que, por seu conteúdo, podem subsistir uma única vez entre as mesmas partes. Nestes casos, a demanda é identificada pelo próprio direito e não pelo título de aquisição.²⁷

Além do direito de propriedade, há outros que podem ser individualizados pelas suas características estruturais: os direitos reais de gozo (superfície, usufruto, uso, habitação e servidão), os direitos e *status* família e os direitos de personalidade. Na mesma linha, o direito de crédito a uma prestação específica.

Demandas heterodeterminadas são identificadas pelo fato constitutivo, é através deste que se pode esclarecer o conteúdo do direito deduzido. É importante o fato jurídico, uma vez que o mesmo direito pode subsistir mais de uma vez entre as mesmas partes.²⁸

São os direitos ou demandas que exigem uma posterior análise, uma vez que não podem ser individualizados por seus elementos estruturais: sujeitos e conteúdo, podem coexistir mais de uma vez entre os mesmos sujeitos. São os direitos de crédito a uma prestação genérica.²⁹

²⁵ LEONEL, op. cit., p. 97.

²⁶ Ibidem, p. 97.

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120 e 121.

²⁸ LEONEL, op. cit., p. 97.

²⁹ TUCCI, op. cit., p. 122.

Desta forma, para se distinguirem, em função de sua multiplicidade entre as mesmas partes e os mesmos objetos, é importante a indicação de certo e específico título aquisitivo. É imprescindível a descrição de certos fatos.³⁰

O fundamental não é a natureza ou a classificação de determinado direito, mas sua estrutura e configuração. A identificação da *res in iudicio deducta* pelo conteúdo do direito se baseia não na espécie do direito, mas na impossibilidade de repetição simultânea da mesma situação de direito material, entre as mesmas partes.³¹

Nessa linha, a identificação da demanda deve ser através da observação do direito material indicado na inicial (*in status assertionis*), que se revela através da pretensão processual ou pedido delineado pela causa de pedir. Na especificação do direito substancial, será relevante ou o fato constitutivo ou o próprio conteúdo do direito, isso dependerá da possibilidade ou não de coexistência de mais de uma situação jurídica similar entre as mesmas partes.³²

1.2.3 Análise Crítica Das Teorias

A teoria da substanciação e da individualização são complementares uma vez que se pautam no direito substancial.

A diferença entre as duas teorias se concentra no conteúdo da causa de pedir dos direitos absolutos, uma vez que em relação aos relativos, também a teoria da individualização considera relevante deduzir o fatos constitutivos. Nessa linha, destaca Cruz e Tucci, *in verbis*:

Haverá modificação da *causa petendi* quando se alterarem os elementos de fato e os elementos de direito da *fattispecie* da qual emerge o direito deduzido; não haverá por outro lado, modificação da *causa petendi* quando se alterem os elementos de fato dos quais derivam os elementos de direito da *fattispecie* constitutiva do direito deduzido em juízo, tampouco quando se alterem os fatos não coligados com o direito deduzido, isto, os fatos não inseridos no âmbito da *fattispecie* constitutiva.³³

30 JARDIM, Augusto Tanger. *A Causa de Pedir no Direito Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 83.

31 LEONEL, op. cit., p. 98.

32 Ibid., p. 99.

33 TUCCI, op. cit., p. 126.

A causa de pedir é indispensável para o desenvolvimento do processo de conhecimento por ser o critério para a determinação da jurisdição, da competência, da legitimação para agir.

É por meio da causa de pedir que o demandante apresenta seu direito subjetivo no processo; como o autor traz elementos fáticos que se enquadram em uma norma levando a determinadas consequências jurídicas, estes são fatos constitutivos da situação jurídica preexistente e a hipótese que conduz ao direito subjetivo.

Conclui-se que a causa de pedir, um dos elementos da demanda, se configura como um vínculo entre a norma de direito material supostamente violada e o juízo, a partir do momento em que a *situação substancial*, retratada na petição inicial, é levada a cognição judicial.

Para a teoria da individualização a modificação de um título aquisitivo por outro não configura modificação da demanda e, conseqüentemente, a coisa julgada abrangeria todos os possíveis títulos de aquisição, para a teoria da substanciação a solução será o oposto. Constatam-se diferentes consequências entre as duas teorias.

Na substanciação, qualquer modificação nos fatos leva a modificação da causa de pedir. São excluídos da eficácia preclusiva da coisa julgada, os fatos não deduzidos pelo autor, os quais poderão inclusive fundamentar outra demanda sobre o mesmo tema. Os fatos constitutivos são essenciais: para a identificação da ação, fixar os limites à atuação jurisdicional, à modificação da demanda e em relação a própria coisa julgada. Há ainda mais rápida conclusão do processo, mas não a solução da crise existente no direito material, uma vez que será possível ser proposta nova demanda sobre o mesmo problema.³⁴

Nessa linha, a regra da eventualidade é um pressuposto da teoria da substanciação, isso em função da exigência da narração simultânea e inicial de todos os fatos que amparam a pretensão do autor.

As teorias da substanciação e da individuação não se excluem, mas se complementam para identificar o objeto do processo a partir de pontos de vista ou métodos diferentes.

A doutrina dominante entende que o CPC adotou a teoria da substanciação, uma vez que deve ser deduzido na inicial o pedido, os fundamentos de fato e de direito da pretensão. Ainda, foi adotado o princípio da eventualidade que é um pressuposto da teoria da substanciação, o qual seria incompatível com a teoria da individualização³⁵

34 LEONEL, op. cit., p. 88.

35 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153; JARDIM, Augusto Tanger. *A Causa de Pedir no Direito Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 85.

O artigo 282, inc. III, do CPC, seria o indicativo de ter sido adotada a teoria da substanciação pelo ordenamento brasileiro, o qual impõe o ônus de serem indicados na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos.³⁶

Mesquita entende que o legislador teria se pautado por uma posição equilibrada sem incidir nos excessos de ambas as teorias, sendo que os principais contornos são da teoria da substanciação.³⁷

A determinação legal no sentido de serem expostos os fatos, não permite, por si, a conclusão de que teria sido acolhida uma teoria em detrimento da outra. Indica que foi inserido no sistema a regra da eventualidade e uma preferência pela maior celeridade da decisão, amplo exercício do direito de defesa, fixação e preparação das questões a serem decididas e dos fatos a serem provados desde o início.³⁸

1.3 Elementos Da Causa De Pedir

A causa de pedir, ainda que com outra nomenclatura, são os fatos e fundamentos jurídicos, conforme demonstram os artigos 46, inc. III, 103; 264; 282, inc. III; 295, par. Único, inc. I; 301, § 2º; 321 todos do CPC. Entre esses é determinante para definir a causa de pedir, o §2º do art. 301 e inc. III do art. 282, do CPC.³⁹

Botelho Mesquita destaca que a causa de pedir seria o direito afirmado pelo autor em conjunto com a relação jurídica de que esse direito se origina e dos fatos constitutivos daquele direito e dessa relação jurídica, também o fato (normalmente do réu) que torna necessária a via judicial e, por isso, faz surgir o interesse de agir, ou interesse processual.⁴⁰

1.4 Os Fatos ou Causa De Pedir Remota

Os fatos da causa de pedir são formados pelo fato constitutivo do vínculo e o fato particular, ou seja, o fato do réu ter praticado contra o direito

36 TEIXEIRA, op. cit., p. 185.

37 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Conteúdo da causa de pedir. In: *Revista dos Tribunais*, v 71. SP:564, p. 41/51, out. 1982.

38 LEONEL, op. cit., p. 90.

39 JARDIM, Augusto Tanger. *A Causa de Pedir no Direito Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87.

40 MESQUITA, op. cit., 1982.

alegado para demonstrar o interesse de agir.⁴¹ Os fatos se referem à relação jurídica de direito material, os constitutivos ou contrários ao direito.⁴²

Ao descrever a causa de pedir o autor deverá apontar os fatos constitutivos do direito alegado, ou seja, o fato constitutivo do vínculo e o fato particular, demonstrado pelo fato do réu contrário ao direito deduzido pelo autor. Esses fatos constitutivos que são os fatos jurídicos e permitem delinear a pretensão do autor são denominados de fatos principais, relevantes ou essenciais.⁴³

Os fatos simples, secundários ou acidentais, são aqueles irrelevantes em si próprios, sendo por isso insuficientes para produzir consequências jurídicas. Em diversas situações práticas não se pode estabelecer uma distinção efetiva entre os fatos principais e os simples, já que um mesmo fato pode ser essencial em uma demanda e secundário em outra.

É possível que a defesa apresentada influencie na classificação do fato como essencial ou secundário, por exemplo, em uma ação de indenização por danos decorrentes de acidente de trânsito, o autor aponta que o evento aconteceu em um sábado. O dia dos fatos é irrelevante, por isso seria um fato secundário. Entretanto, se a defesa aponta que o réu por preceitos religiosos não sai de casa aos sábados, o dia da semana será um fato essencial.

Deve ser efetuada uma narração mínima dos fatos para configurar o fenômeno jurídico que leva à consequência jurídica pretendida. A alegação dos fatos principais é importante para o exercício do contraditório e direito de defesa, sendo que esses fatos são pressuposto para subsistir o direito pleiteado.

Quando o autor descreve um fato principal diverso do indicado na inicial, haverá modificação da causa de pedir com incidência das regras referentes à estabilização da demanda.

Como os fatos simples são irrelevantes para delimitação da causa de pedir, não precisam estar expressos na inicial junto como os fatos constitutivos, bem como podem ser alterados sem configurar modificação da causa de pedir remota. As disposições sobre a estabilização da demanda não se aplicam aos fatos simples, necessário, porém, que seja observado o contraditório quando houver alteração ou acréscimo no curso da demanda.

41 TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

42 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

43 Sobre causa de pedir remota ver: TEIXEIRA, op. cit., p. 164.

1.5 FUNDAMENTOS JURÍDICOS OU CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA

Os fundamentos jurídicos é a qualificação jurídica dos fatos.⁴⁴ Consistem na demonstração de que os fatos narrados conduzem às consequências pretendidas pelo autor; é formado pela relação jurídica que vincula autor ao réu, chamado de direito constitutivo, mais o direito particular invocado pelo autor como causador do feito pretendido.⁴⁵

A inicial deve deduzir os fundamentos jurídicos do pedido, os quais não correspondem aos fundamentos legais, artigos de leis em que se pauta a pretensão. É dominante o entendimento de ser prescindível a indicação do dispositivo legal, por isso, é possível que o autor modifique a fundamentação legal.

A causa de pedir próxima também não poderá ser alterada após a citação sem o consentimento do réu conforme artigo 264, *caput* e parágrafo único do CPC, após o saneamento seria vedada qualquer alteração.

Embora deva constar na inicial a fundamentação jurídica, poderá o juiz se pautar em fundamento jurídico diverso desde que se limite aos fatos deduzidos na inicial e seja permitido ao réu manifestar-se sobre essa nova qualificação.

Nessa linha, em uma ação de anulação de ato jurídico, é irrelevante a referência do autor a dolo ou erro como vício do negócio jurídico. Deve apenas narrar com clareza os fatos que amparam sua pretensão e destacar as consequências jurídicas almejadas para sustentar o pedido.

Somente se observado o contraditório poderá o juiz fazer essa adequação. Assim, se o autor deduz que houve erro e o réu se defende de fato que, na verdade, se qualifica como dolo, não há ofensa ao direito de ampla defesa, se o juízo adequar os fundamentos jurídicos.

O fundamento jurídico deve decorrer dos fatos indicados na petição inicial, não será possível sua modificação de erro para dolo, se não houver, nessa alteração, correspondência com os fatos deduzidos.

Ademais, fixam os limites objetivos da demanda, os quais não podem ser ampliados, por ser vedada sentença *extra petita*. Ao julgar com base em causa de pedir diversa da deduzida pelo autor, haverá violação ao princípio da correlação, se for sentença amparada em fundamentos novos, haverá violação ao princípio da demanda.

44 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

45 LEONEL, op. cit., p. 110.

O princípio da eventualidade se refere às causas de pedir remota e próxima, uma vez que tanto os fatos como os fundamentos jurídicos podem ser deduzidos na inicial sob pena de inépcia ou preclusão.

Embora a legislação imponha que seja apontado na inicial o fundamento jurídico do pedido, a doutrina e jurisprudência aproxima esse elemento da fundamentação legal.

Como há essa mescla de conceitos, é difícil ou indiferente, a distinção entre fundamento jurídico e legal. O dispositivo legal torna-se o critério de diferenciação dos fatos inerentes ao caso, somente os que integram a previsão abstrata compõem a causa de pedir. Essa seleção implicará na qualificação jurídica dos fatos.⁴⁶

Assim, o fundamento jurídico seria a atribuição aos fatos da vida de uma consequência prevista no ordenamento. Quando narra o fato e postula o efeito jurídico, o autor está deduzindo o fundamento jurídico.

2 OS LIMITES DE ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

2.1 O Contraditório Na Modificação Da Causa De Pedir

O acesso à Justiça é permeado por diversas garantias e direitos fundamentais, como o contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, juiz natural, publicidade dos atos, as quais correspondem ao devido processo constitucional. Desta forma, o processo não apenas permite o acesso à Justiça, mas também à ordem jurídica justa.⁴⁷

Quando a Constituição dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, artigo 5º, XXXV, garante de forma ampla acesso ao processo como um instrumento para se obter a tutela jurisdicional.

Há, portanto, na Constituição as premissas para ser constituído um processo apto a permitir a solução dos conflitos. Assim, não é admissível um processo com excesso de formalismo sem uma finalidade específica.

46 Ver sobre o tema BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

47 “A garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-lo em concreto”, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14.

O contraditório em sua versão moderna pressupõe a participação do órgão jurisdicional, o qual também tem interesse na solução do conflito.⁴⁸ Deve o juiz atuar no processo no sentido de obter uma efetiva tutela jurisdicional. Somente através de uma postura ativa do juiz será possível obter um processo democrático.⁴⁹

Quando já consolidada a causa de pedir na fase postulatória e delimitado o objeto de prova, a modificação do núcleo fático em que se pauta a demanda, corresponde a um inválido exercício de novo poder de ação.⁵⁰

Se fosse possível o autor exercer o poder de ação no curso do processo, haveria situação de injustiça e desigualdade entre as partes, ficaria ao alvedrio do autor modificar os fatos conforme a sua conveniência.

Esse impedimento acontece inclusive no procedimento recursal, no qual não é possível inovar a demanda, não se admite que o recorrente postule nesta fase, o que não pediu em primeira instância. Também não poderá deduzir nova causa de pedir mesmo com permissão do adversário, nesta hipótese não incide o disposto no artigo 312, do CPC.

Embora previsto na legislação infraconstitucional, o princípio da adstrição ou da correlação tem fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A vedação de julgamento fora dos limites objetivo da demanda previstos na inicial assegura a integridade destes princípios.

Quando o provimento jurisdicional é *ultra* ou *extra petita* há ofensa à inércia da jurisdição, o que não está na demanda, o juiz estará agindo sem provocação.

48 Cf. "Não mais satisfaz a ideia do juiz inerte e neutro, alheio ao drama della competizione. Essa neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa." BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21. No mesmo sentido Dinamarco pondera "Tal é a perspectiva do ativismo judicial, que vem sendo objeto de ardoroso alvites nos congressos internacionais de direito processual, marados pela tônica de efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do adversary system prevalente no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita da prova) e desenvolve, como se diz relativamente passive role. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 241.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 425. No mesmo sentido BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. v. 1. 3. ed. 2009. p. 110.

50 TUCCI, op. cit., p. 186.

2.2 Direito Superveniente

Os artigos 264 e 294, ambos do CPC, determinam que, após ser formada a relação jurídica processual através da citação, a demanda deve permanecer imutável e a sentença deve observar os limites da pretensão deduzida. Esses dispositivos impedem com rigidez a modificação dos elementos objetos da demanda, de forma que regulamentam a estabilidade da demanda por meio de preclusões.⁵¹

Após a citação sempre será necessária a concordância do réu para que o autor promova modificações em relação ao pedido, causa de pedir e às partes, artigo 264 do CPC. É possível que o autor adite o pedido, ou seja, acrescente ou amplie, antes de ser realizada a citação.

Ademais, após o saneamento do processo, não é mais permitido alterações do pedido ou causa de pedir, art. 264, parágrafo único, CPC. É uma vedação absoluta de alteração de qualquer elemento objetivo ou subjetivo da demanda.⁵² O órgão jurisdicional deverá se manifestar dentro destes limites diante da vedação de ser proferida decisão diferente (*extra petita*) ou acima (*ultra petita*).

O artigo 264 não admite que o autor efetue qualquer alteração nos fatos descritos na inicial para fundamentar seu pedido. Os fundamentos jurídicos também compõem a causa de pedir, mas não influem na delimitação da causa de pedir. Aliás, essa vedação se refere exclusivamente aos fatos constitutivos, não abrange as meras circunstâncias.⁵³

O artigo 462, em oposição aos artigos 264 e 269, todos do CPC, determina que o juiz considere no momento da sentença fatos constitutivos, modificativo ou extintivos. O artigo 303, I dispõe que, após a contestação, podem ser deduzidas novas alegações referentes a direito superveniente.

O fato superveniente é o que desponta após a propositura da demanda com reflexos no julgamento com poder de constituir, modificar ou extinguir o fundamento jurídico do pedido.⁵⁴

Nos termos do artigo 462, fato superveniente somente pode ser aquele apto a constituir, modificar ou extinguir a fundamentação

51 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

52 TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 248. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71.

53 DINAMARCO, op. cit., p. 70.

54 Para ser aplicado o direito superveniente, é necessário que o fato tenha ocorrido ou a lei em vigor após a propositura da demanda, não serão supervenientes, fatos preexistentes. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 252.

fático-jurídica deduzida na inicial. Ao contrário, se não for apto a produzir uma modificação dessa natureza, não irá influenciar no julgamento da demanda.⁵⁵

O entendimento doutrinário dominante aponta que esses fatos constitutivos, modificativos ou extintivos, bem como o direito superveniente devem ser sopesados no momento em que for proferida a sentença para que esta não incida sobre fatos ultrapassados. A sentença deve regulamentar a situação existente no momento em que for proferida para solucionar a controvérsia, não a situação existente quando foi proposta a demanda.⁵⁶

É que durante o trâmite processual podem ser promulgadas leis sobre a matéria objeto do processo. Essas novas disposições devem ser analisadas pelo juízo sem que isso configure ofensa a direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, diante da premissa de que a sentença deve versar sobre a situação jurídica existente no momento em que for proferida, logo, não podem ser desprezadas as alterações legislativas vigentes.⁵⁷

Não obstante, o direito ou fato superveniente não pode implicar na modificação dos elementos objetivos da demanda, deve se referir ao fato descrito inicialmente como causa de pedir com o condão de constitui-la, modificá-la ou extingui-la. O fato ou direito superveniente não deve ser acolhido, em função do princípio da eventualidade e da preclusão, se implicar em alteração do pedido ou causa de pedir inicial.⁵⁸

Constata-se assim que não é possível o autor modificar os limites objetivos da demanda com base em fato ou direito superveniente. Devem ser observados os limites do artigo 264, se não houver relação com o pedido e a causa de pedir inicial, a causa superveniente configurará violação ao princípio da correlação ou da congruência.⁵⁹

Há divergência na doutrina quanto a essa questão, Dinamarco, por exemplo, pondera que, quando se analisa em conjunto os artigos

55 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190.

56 LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método. 2006. p. 227. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 254.

57 Ibidem, p. 250.

58 LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo: Método. 2006. p. 227. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 255.

59 TEIXEIRA, op. cit., p. 256.

262 e 462, do CPC, seria possível essa modificação. Entretanto, as premissas referentes à estabilidade da demanda e correspondência entre pedido e sentença impossibilitam essa conclusão. É que o réu se defende dos fatos narrados na inicial e não poderá se opor a fatos que não foram deduzidos. O artigo 462 estaria em confronto com o princípio do contraditório⁶⁰.

A conclusão será diferente quanto aos fatos narrados na inicial que não se concretizaram, os quais devem ser considerados no momento de ser proferida a sentença.

É necessário que se refira a fato novo ou direito novo, uma vez que a ciência de fato velho não tem relevância, pois o sistema brasileiro é pautado por regras preclusivas, o princípio da eventualidade determina que todos os fatos essenciais sejam deduzidos na inicial, conforme dispõe o artigo 264, *caput*, CPC.⁶¹

O artigo 517, do CPC, permite a afirmação de fato velho, mas de conhecimento novo, se a parte demonstrar que não o apresentou por motivo de força maior sem que haja alegação de uma nova causa de pedir.⁶²

Pautado nessas premissas, contata-se que o direito ou fato superveniente pode incidir na demanda em curso nas seguintes hipóteses:⁶³

- a) quando for verificada a causa de pedir já deduzida na inicial, entretanto, que se concretizou no curso do processo (fato constitutivo);
- b) houver fatos modificativos ou extintivos do direito do autor apurados depois de proposta a demanda, em qualquer tempo, ainda que na fase recursal (para desfecho em improcedência ou carência superveniente);
- c) admitir, ainda que não deduzido na inicial, a concessão de frutos, aluguéis e prestações apuradas ou vencidas no curso da demanda, bem como de parcelas ou valores consequentes do ato ou fato ilícito, que não poderiam ser especificados quando proposta a demanda.

60 DINAMARCO, op. cit., p. 75.

61 TEIXEIRA, op. cit., p. 257.

62 Ibidem, p. 258.

63 Conforme enumeração de LEONEL, op. cit., p. 232.

d) a dedução posterior de fatos secundários ou simples, argumentos jurídicos ou mesmo normas legais (fundamento legal), concretizados ou simplesmente afirmados ulteriormente.

Esses fatos supervenientes podem influenciar o resultado da sentença sem modificar os limites objetivos da demanda fixados pela causa de pedir e pedido, bem como limitado ao saneamento do processo.⁶⁴

Se houver superveniência de fatos extintivos, não haverá alteração dos elementos objetivos da demanda, o juiz deve analisá-los no momento do julgamento, sem que isso represente modificação da causa de pedir. Na verdade, o artigo 462 impõe sua análise de ofício ou a requerimento das partes.⁶⁵

As regras do direito superveniente se aplicam também ao segundo grau de jurisdição, o momento para seu conhecimento se identifica com aquele anterior à decisão final.⁶⁶

2.3 Modificação Da Causa De Pedir Por Direito Superveniente

Em oposição ao entendimento de que somente seria possível a sentença considerar direito ou fato superveniente se não implicar modificação da causa de pedir, despontou uma corrente que propõe que o direito ou fato superveniente sejam analisados ainda que não corresponda a causa de pedir deduzida na inicial.

Argumenta-se que seria assegurada maior efetividade ao direito material em consonância com os princípios da economia e celeridade processual, bem como permitiria uma maior efetividade do processo.

Nessa linha, Leonel⁶⁷, qualificado como percussor desta tendência⁶⁸, propõe uma leitura diferenciada dessas regras sobre

64 LEONEL, Ricardo de Barros. op. cit., p. 232.

65 TEIXEIRA, Gop. cit., p. 261.

66 Ibidem, p. 264.

67 “É razoável admitir que os contornos objetivos da demanda, fora daqueles limites inicialmente traçados pelo nosso sistema processual, nas hipóteses de eficácia superveniente ou sua dedução superveniente, eventual e excepcionalmente poderá ser aceita, desde que respeitados certos critérios que decorrem da visão e da interpretação sistemática não só da legislação processual, mas do ordenamento como um todo, tomando-se em especial consideração os princípios e garantias constitucionais do processo.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo. Método. 2006. p. 233

68 Conforme Tucci e Cruz “Saliente-se que o único reparo a ser feito nesta original e moderna orientação é que o seu ilustre autor trabalha com a ideia de fato superveniente (textual: “direito ou eficácia jurídica superveniente), que tem inclusive previsão legal própria (art. 462). A morte do favorecido num pleito de retomada de imóvel locado ou a entrada em vigor de uma lei, na qual se fundou a demanda, durante a tramitação do processo, constituem, respectivamente, fato e direito supervenientes, que, sem dúvida,

a estabilização da demanda e modificação restritiva dos elementos objetivos para admitir, em situações concretas e excepcionais, maior flexibilidade nos elementos objetivos da demanda.

Aponta-se que o magistrado poderia de ofício, desde que observado o contraditório, ampliar a causa de pedir em relação aos fatos principais. Essa maior atividade do juiz não seria incompatível com a imparcialidade, sendo uma visão moderna do contraditório que propõe cooperação entre os sujeitos processuais para se obter o provimento jurisdicional.⁶⁹

Portanto, a inserção de novo fundamento fático ou provimento não postulado, se fora objeto de contraditório entre as partes, inclusive com produção instrutória para julgar a pretensão estar-se-ia atuando em função da economia processual e resolução definitiva do conflito. Quando não se admite essa situação, as partes, não obstante a situação demonstrada, deverão se submeter a novo processo com todas as mazelas inerentes.

Com base neste entendimento, sustenta Teixeira que não pode ser ignorado pelo juiz o fato superveniente sob pena de haver ofensa ao princípio da economia processual, pois haveria extinção do processo e em seguida nova demanda seria proposta com base em fatos novos.⁷⁰

Há uma atenuação ao princípio da eventualidade, pois serão alegados fatos supervenientes, mesmo após o saneamento do processo ainda que modifique a causa de pedir.⁷¹

Cruz e Tucci, como adepto desta corrente, destaca que não deve haver preclusão para a modificação da causa de pedir diante da inserção de fato novo no objeto do processo, se for justificada por economia processual. Por outro lado, se for obstruída a defesa do réu diante da alteração da demanda, impõe-se a limitação temporal a essa possibilidade.⁷²

O contraditório é o principal motivo para que sejam estabelecidos limites no sistema processual. São estabelecidos

constitui fato novo no processo." TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189.

69 LEONEL, op. cit., p. 236/37.

70 TEIXEIRA, op. cit., p. 260.

71 Ibidem, p. 199.

72 TUCCI, op. cit., p. 191.

limites para evitar que a parte seja atingida por fundamentos e pretensões que não foram objeto de discussões e da ampla defesa.⁷³

Quando se conclui ser essa a justificativa para a vedação da modificação da causa de pedir, pode-se ponderar que se a matéria for submetida ao contraditório e ampla defesa, na qual seja oportunizado às partes ampla produção de provas, esse vício de técnica processual, não será óbice a inserção de novo elemento objetivo.⁷⁴

Portanto, somente deve ser decretada a nulidade de provimento jurisdicional por violação ao princípio da adstrição, quando não for efetivado o contraditório em sua amplitude.⁷⁵

2.4 O Acesso À Justiça Sem Prejuízo Dos Limites Formais Da Causa De Pedir

A maior agilidade na conclusão dos processos tem como limite o equilíbrio entre a celeridade processual e a segurança jurídica, são dois valores a serem coordenados para se obter um processo efetivo.⁷⁶ Os conflitos devem ser solucionados de forma ágil, sem

73 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

74 Conforme Bedaque: “Nessa medida, o vício decorrente da violação da regra técnica, consistente na adstrição do provimento à demanda, pode ser relevado. Isso porque restou preservado o escopo desejado pelo legislador ao enunciá-lo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

75 Ainda destaca Bedaque: “Caso isso não ocorra, a atipicidade do ato processual torna-se irrelevante, pois não obsta a que os objetivos visados pela técnica sejam alcançados, ainda que o ato não corresponda ao modelo legal. Essa conclusão representa, em última análise, aplicação da regra da instrumentalidade das formas.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de Pedir e Pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

76 Pondera Dinamarco: “Isso significa que todo movimento de agilização encontra limites legitimamente intransponíveis, que levam o construtor do sistema a conformar-se com oracional equilíbrio possível entre duas exigências antagônicas, a saber: de um lado a celeridade processual, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro, a ponderação na trato da causa e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos. São dois valores conhecidos o da segurança das relações jurídicas, responsável pela tranquilidade que sempre contribuiu para pacificar (e isso aconselha a celeridade); e o da justiça das decisões, que também é inerente ao próprio escopo fundamental do sistema processual (pacificar com justiça). Como é muito difícil fazer sempre bem o que se consegue fazer logo, impõe-se como indispensável o equilíbrio entre as duas exigências, com renúncia a radicalismo (Calamandrei). Boa técnica processual será aquela que caminhar equilibradamente entre esses dois valores.” DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160.

ofender o devido processo legal, o contraditório e a segurança jurídica, em síntese os direitos e garantias fundamentais.

Os atrasos na entrega da prestação jurisdicional impede a formação de um processo justo, já que longos prazos seriam equivalentes à própria denegação da justiça. O processo deve ser constituído com mecanismos que assegure a atividade jurisdicional de forma mais efetiva⁷⁷.

Em uma visão instrumentalista do processo,⁷⁸ para se alcançar o escopo de pacificação social, a forma não pode ser simplesmente descartada sob pena de serem criadas situações de injustiças para os litigantes. No Estado de Direito, somente será legítimo o exercício do poder, se observado o procedimento adequado para serem observadas as garantias do contraditório e do devido processo legal.⁷⁹

A ação não se limita a garantia de acesso à justiça, deve ser vista como direito de acesso ao devido processo legal, é necessário, não apenas o direito de ação, mas o efetivo acesso a um processo justo. A garantia constitucional da ação consiste na garantia de acesso ao devido processo legal.⁸⁰

O princípio da estabilidade é inerente a um procedimento com regras preclusivas, não se adequando a um sistema em que há liberdades das partes para fazerem novas alegações e exceções em qualquer fase do procedimento.

A preclusão e a eventualidade não têm o mesmo significado, uma vez que a primeira é mais ampla que a segunda. O princípio da eventualidade se limita a fase inicial postulatória do procedimento, ou seja, inicial e contestação, antes, portanto, da estabilização do processo.

77 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17.

78 Cf. Bedaque "A partir do momento em que se aceita a natureza instrumentalista do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a essa nova visão. Isso porque toda a construção científica desse ramo do direito deu-se na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou-se demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, cuja identificação é feita à luz de elementos externos do processo. Seu escopo é a eliminação da crise de direito material, formulando e atuando a regra judicial ao caso concreto. [...]” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 15.

79 DINAMARCO, op. cit., p. 161.

80 Sobre princípio da eventualidade ver: TEIXEIRA, op. cit., p. 19.

Deve ser estabelecido um marco para a estabilização do processo, o que impede a dedução de novos pedidos, exceções e até mesmo alegações, para que o processo não fique em curso por tempo indefinido.

Se não houver essa limitação, o procedimento seria procrastinado indefinidamente, por isso as regras preclusivas estabelecem uma maior ou menor liberdade para os demandantes.

O princípio da eventualidade impõe ao autor a alegação, na petição inicial, dos fatos que amparam sua pretensão, os fundamentos jurídicos e os pedidos deduzidos. Não são todos os fatos que devem ser deduzidos de plano, mas os fatos essenciais e os pedidos deles decorrentes.

A pauta do processo civil brasileiro tem sido a celeridade processual diante do quadro de extrema injustiça com processos em cursos por décadas sem uma solução definitiva.

Constata-se uma profusão de alterações legislativas e estudos doutrinários com soluções inovadoras para ser efetivada a garantia constitucional de acesso à justiça. Nessa linha, foi plasmado na Constituição o princípio da razoável duração do processo com um direito fundamental.

Alterações legislativas e novas visões do processo civil são importantes para atualizar e permitir a evolução do processo civil. A legislação e doutrina estrangeira são uma fonte excepcional para se obter inspirações para serem propostas inovações.

Entretanto, não se pode simplesmente transportar as construções doutrinárias e a legislação alienígenas para o ordenamento nacional. Enquanto nação, dispomos de valores, conceitos e premissas diversas de outras.

Isso significa que o fato de um instituto processual ser extremamente perfeito para atender às necessidades de determinado país, não implica em sua adequação à realidade nacional. A globalização por mais que tenha aproximado as nações, ainda não as tornaram uniformes, cada uma ainda possui a sua própria identidade.

É comum serem buscadas no exterior soluções para problemas nacionais, sem uma rigorosa análise crítica e principalmente adaptação para a nossa realidade. Simplesmente argumenta-se que uma corrente doutrinária é revolucionária ou que em determinado país foi implementada com sucesso. Naqueles pais efetivamente pode ter sido excelente, mas o Brasil é outra nação com sua própria cultura.

Ademais, atribui-se a demora na prestação jurisdicional ao processo, o qual seria extremamente formalista, permeado de recursos

e expedientes protelatórios. Na verdade, isso é uma forma de desviar a atenção do efetivo problema.

As mazelas processuais não estão nos defeitos e/ou qualidades dos procedimentos, mas na infraestrutura do Judiciário, que não é organizado adequadamente para enfrentar as crescentes demandas da sociedade. Carece profundamente de recursos financeiros, materiais e humanos.

Por isso, a ineficiência na prestação jurisdicional deve ser resolvida no âmbito político, os supostos empecilhos processuais são apenas coadjuvantes, sendo assim desnecessárias as sucessivas modificações legislativas para aprimorá-lo. Somente se poderá resolver adequadamente a morosidade da justiça, o próprio acesso à justiça, se for enfrentado o seu cerne, não por meio de propostas paliativas ou, ainda mais grave, por propostas alternativas ofuscando o verdadeiro problema.

Tudo fica ainda mais lamentável quando se pretende solucionar os percalços da ineficiência jurisdicional com propostas duvidosas que amesquinham direitos e garantias fundamentais.

Cabe ainda lembrar que algumas teorias, teses, construções doutrinárias são excelentes no âmbito acadêmico, mas quando implementadas não produzem o efeito sugerido. Assim, antes de serem transformadas em direito positivo, é necessário que sejam analisadas à luz da cultura e moral da sociedade, bem como da estrutura disponível. Isso evitaria as pendulares modificações legislativas, ou seja, é implementado de imediato um projeto legislativo, o qual depois precisa voltar ao estado anterior, como aconteceu com o recurso de agravo de instrumento.

É importante a previsão de circunstâncias para o desenvolvimento adequado do processo com a finalidade de alcançar seus escopos com rapidez, mas sem ofensa às garantias do devido processo legal.

Sucessivas alterações da legislação almejam reduzir a demora do processo através de instrumentos voltados à racionalização do processo para se alcançar a pacificação social em um lapso temporal reduzido,⁸¹ mas nem sempre observam as garantias constitucionais do devido processo legal.

Aponta-se que como foi inserido na Constituição o direito fundamental à razoável duração do processo, a regra da economia processual, passou a ser um postulado político. Desta forma, embora conste no sistema a imutabilidade dos elementos subjetivos

81 TEIXEIRA, op. cit., p. 62.

e objetivos do procedimento e a correlação entre a petição inicial e a sentença, em determinadas situações, pode despontar um fato novo, que leve à mesma consequência jurídica pretendida pelo demandante.⁸²

Ricardo Leonel sugere que quando surge uma nova causa de pedir no curso da instrução, deve ser submetida a ampla discussão entre os demandantes. Seria, embora com violação das regras formais do processo, possível o julgamento com base nos elementos que surgem no curso do processo. “Concede-se espaço à possibilidade de alteração da *cauda petendi* ou mesmo do pedido, ultrapassados os limites da estabilização da demanda, desde que em caráter notoriamente excepcional.”⁸³

Ao lado deste princípio da razoável duração do processo, o sistema constitucional prevê a ampla defesa, a segurança jurídica e o devido processo legal, todos são princípios que devem convier em harmonia. Não se pode pretender alcançar a justiça da decisão sacrificando as premissas básicas do sistema, as quais representam conquistas seculares.

Essa corrente em evolução que propõe a flexibilização na modificação dos elementos objetivos da demanda para ser fornecida uma suposta prestação jurisdicional efetiva, não está em harmonia com a ordem constitucional.

Somente poderia ser efetivada se fossem desprezados os termos expressos dos dispositivos que estabelecem a estabilidade da demanda. Argumenta-se que os princípios constitucionais (contraditório e razoável duração do processo) permitiriam que fossem desconsiderados essas premissas para se seja efetivada a justiça no caso concreto.

A justiça é um conceito subjetivo. Aliás, existe a conflito justamente porque cada uma das partes oponentes acreditam na sua tese, na sua justiça, a qual se não for acolhida haveria injustiça.

Diante da ausência da capacidade postulatória das partes, essas foram orientadas por causídicos sobre a legitimidade de sua pretensão. Cada um deles formou sua própria convicção sobre a questão e acreditam na justiça desta. Deve-se destacar que os advogados são operadores do direito, com a mesma capacidade técnica de analisar as questões do magistrado, portanto, este não

82 TUCCI, op. cit., p. 189.

83 Ibidem, p. 189.

pode decidir a margem da lei até mesmo porque as partes foram orientadas conforme os preceitos legais.

Portanto, a premissa de que o juiz fará justiça em afronta aos preceitos positivados, está implícito que o juiz, um operador do direito, poderia aplicar o seu conceito subjetivo de justiça, como a dos demandantes. A ordem constitucional diante de todas as garantias previstas, não admite esse tipo de conclusão, já que haveria no mínimo arbitrariedade do magistrado.

A Constituição consagrou o Estado Democrático de Direito, cujo corolário é a segurança jurídica, a qual está consubstanciada em diversos institutos como a coisa julgada, o direito adquirido e a estabilidade da demanda.

Não se pode, portanto, admitir interpretações que subordinem a segurança jurídica a outros princípios. Veja que se trata de mera interpretação, não previsão expressa, que pretendem reduzir o valor da segurança jurídica para ser efetivada justiça no caso concreto.

A justiça está na segurança jurídica, na possibilidade dos demandantes participarem de um processo e prever quais serão as consequências dos seus atos e os resultados, na de se inferir com base nas leis positivadas, qual será o conteúdo do provimento jurisdicional.

Não se tem justiça, quando o provimento jurisdicional pode ser tão amplo quanto a criatividade do ser humano, no caso do órgão jurisdicional.

Foram séculos de evolução para se obter as garantias constitucionais, sendo a segurança jurídica, uma das mais importante, por ser o fundamento para todas as outras. Sem segurança, sem previsibilidade, não haveria nem mesmo contraditório.

Desta forma, a demanda após ser delimitada pelos elementos objetivos não pode ser alterada para admitir que o provimento jurisdicional incida sobre fatos que despontaram no curso do procedimento, ainda que tenha havido contraditório.

Não se pode sair de extremo, o processo sem qualquer compromisso com a efetivação do direito material, para chegar ao outro, excesso de instrumentalidade, sem o mínimo de segurança jurídica atribuindo-se excesso de poderes ao magistrado.

Os artigos 264 e 294 ambos do CPC estabelecem a estabilidade objetiva da demanda, ou seja, após ser formada a relação jurídica processual através da citação, a demanda deve permanecer imutável e a sentença observar os limites da pretensão deduzida.

Há, portanto, três momentos distintos nos quais pode haver a alteração dos elementos objetivos da demanda.

O primeiro momento é até a realização da citação do réu. Neste caso, conforme o artigo 294 do CPC, o autor poderá alterar o pedido, correndo às suas expensas as custas decorrentes de tal aditamento.

O segundo momento é da citação até a fase de saneamento do processo. O artigo 264 do CPC prevê que a alteração dos elementos objetivos da demanda somente pode ocorrer com o consentimento do réu. Tal regra vale inclusive para o réu revel, pois a alteração da demanda, quer do pedido quer da causa de pedir, está condicionada ao consentimento do réu revel à luz do artigo 321 do CPC. Assim, deverá ser novamente citado, permitindo-lhe impugnar os elementos objetivos da demanda, no prazo de 15 (quinze) dias, em consonância com as garantias do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Não se trata de nova oportunidade para contestar a todos os elementos objetivos da demanda, com relação aos quais se operaram os efeitos da revelia, mas apenas os que decorrem da alteração do pedido e da causa de pedir oriundos da modificação promovida pelo autor.

O terceiro momento surge com o saneamento do processo. A partir de então, não mais caberá a alteração dos elementos objetivos da demanda, nem mesmo com o consentimento do réu. Aplica-se a técnica da preclusão para evitar a alteração da causa de pedir e do pedido.

Essa regra visa à estabilidade do processo e a garantia da segurança jurídica, a fim de acelerar o seu andamento e a entrega da prestação jurisdicional.

Parte da doutrina critica tal rigidez das regras processuais previstas no CPC, para a alteração dos elementos objetivos da demanda, considerando que deveria haver a possibilidade de se alterar a causa de pedir e o pedido, mesmo após a decisão saneadora do processo. Essa interpretação, não está em consonância, como exposto, com os valores prescritos na constituição.

3 CONCLUSÃO

A causa de pedir tem reflexo em diversos institutos como litispendência, coisa julgada e a conexão. Há uma tendência doutrinária em flexibilizar a estabilidade de demanda para possibilitar a modificação da causa de pedir e garantir o acesso à justiça de forma mais célere.

Entretanto, essa proposta ofusca a segurança jurídica, um princípio elementar do Estado Democrático de Direito, uma vez que as partes poderiam obter até mesmo o que não almejam através de uma singela demanda e impossibilita o contraditório por falta de limites na ampliação da causa de pedir.

A celeridade na prestação jurisdicional deve ser alcançada solucionando o efetivo problema: a infraestrutura do Poder Judiciário, não por medidas acessórias que diminuam valores constitucionais.

Portanto, é importante manter um critério rígido na modificação desta, sendo que os eventuais e incertos benefícios na sua flexibilização podem e devem ser alcançados de outras formas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

ALVIN, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Causa de Pedir e Pedido no processo civil*: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito e processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 1, 3. ed. 2009.

CÂMERA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Processo Civil*. v. I e II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *O princípio da eventualidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JARDIM, Augusto Tange. *A Causa de Pedir no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e Pedido*. O direito superveniente. São Paulo. Método, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi* nas ações reivindicatórias. In: *Revista da Ajuris*. v.20. RS: VII, nov. 1980.

_____. Conteúdo da causa de pedir. In: *Revista dos Tribunais*. v. 71. SP: 564, out. 1982.

NERY, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JARDIM, Augusto Tanger. *A Causa de Pedir no Direito Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: ANÁLISE COMPARATIVA DA SÚMULA 356 DO STF E 211 DO STJ

MOTIONS FOR CLARIFICATION AND ADMISSIBILITY OF THE “RECURSO ESPECIAL” (APPEAL TO THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE) E DO “RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (APPEAL TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT): COMPARATIVE ANALYSIS OF DIGEST 356 OF THE STF (SUPREME COURT) AND DIGEST 211 OF THE STJ (SUPERIOR COURT)

Kelly Paulino Venâncio¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O requisito do exaurimento das instâncias ordinárias para a admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário: a Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça; 2 O requisito do prequestionamento para a admissibilidade do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário; 3 Configuração do prequestionamento e a Súmula 282 do

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Público, Pós-Graduação *Lato Sensu*, pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP); Especialista em Direito Processual Civil, Pós-Graduação *Lato Sensu*, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE)

Supremo Tribunal Federal; 4 Embargos de Declaração “prequestionadores”: cabimento na origem; 5 A Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal: a interposição e o julgamento dos Embargos de Declaração na origem e a configuração do prequestionamento para a admissão do Recurso Extraordinário; 6 A Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça: a interposição e o julgamento dos Embargos de Declaração na origem e a configuração do prequestionamento para a admissão do Recurso Especial; 7 As razões da divergência do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração do prequestionamento: a reafirmação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e A Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal; 8 Conclusões; Referências.

RESUMO: Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Requisitos de Admissibilidade. Omissão da questão de lei federal e da questão constitucional nas instâncias ordinárias. Embargos de declaração “prequestionadores”. Interposição e julgamento, na origem, dos embargos de declaração para a configuração do prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. As visões conflitantes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento diante da rejeição dos embargos de declaração interpostos para este fim. Prequestionamento e exaurimento das instâncias ordinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Embargos de Declaração. Prequestionamento.

ABSTRACT: “Recurso Especial” (Appeal to the Superior Court of Justice - STJ) and Recurso Extraordinário (Appeal to the Brazilian Supreme Court - STF). Admissibility Requirements. Omission of the issue of federal law and of the constitutional issue in ordinary jurisdictions. “Previous questiong” of motions for clarification. Filing and judgment, at the origin, of motions for clarification, for the purpose of configuring the issue of previous questioning. Digests 282 and 356 of the Brazilian Supreme Court. Digest 211 of the Superior Court of Justice. Conflicting views of the Superior Court of Justice and of the Brazilian Supreme Court in regard to configuring previous questioning

upon rejection of the motions for clarification filed for this purpose. Previous questioning and exhaustion of ordinary jurisdictions in the opinion of the Brazilian Supreme Court and of the Superior Court of Justice. Motives of the different understandings of the Brazilian Supreme Court and the Superior Court of Justice, in regard to previous questioning for admissibility of the “Recurso Extraordinário” and the “Recurso Especial”.

KEYWORDS: Recurso Especial (Appeal to the Superior Court of Justice). Recurso Extraordinário (Appeal to the Brazilian Supreme Court). Motions for Clarification. Prequestioning.

INTRODUÇÃO

Para o Supremo Tribunal Federal, a simples interposição dos embargos de declaração objetivando sanar omissão quanto ao tratamento, pelo órgão de origem, da questão constitucional, com o esgotamento dos recursos ordinários cabíveis, tem como consequência o preenchimento do requisito do prequestionamento para viabilizar o conhecimento do Recurso Extraordinário. Portanto, o acolhimento ou rejeição dos embargos de declaração, pelo órgão jurisdicional de origem, não tem relevância, bastando a sua interposição na hipótese de omissão do tema constitucional.

Já para o Superior Tribunal de Justiça, não basta a mera interposição dos embargos de declaração. Rejeitados estes pelo Tribunal de origem, não se tem por prequestionado o tema de lei federal omitido no julgamento, a viabilizar a interposição do recurso especial. Necessariamente, deverá haver a interposição do Recurso Especial fundado na violação do artigo 535, II do CPC, violação resultante da persistência, pelo tribunal de origem, na omissão em apreciar a matéria federal envolvida no julgamento do recurso de natureza ordinária.

O que chama a atenção para o tema, neste momento histórico, e segundo a doutrina, pelo menos desde ao menos o final dos anos 90, é a relação entre o asseio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, diante do aumento da litigiosidade e da massificação do acesso à Justiça, e a baixa taxa de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Neste sentido, o relato do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro de Oliveira, é profícuo e atual:

A verdadeira dificuldade do recurso especial se acha em outro ponto. Diz com a plethora dos que chegam ao Tribunal, em número a se expandir incessantemente.

Houve inegavelmente um grande aumento na busca de solução jurisdicional para os litígios, mas quanto às causas desse fenômeno não se vai aqui pesquisar. Importa assinalar o que diga respeito especificamente ao especial.

[...]

As circunstâncias apontadas levam a que o Superior Tribunal de Justiça se encontre avassalado por um número imenso de processos que não cessa crescer. Em 1997 a distribuição certamente superará os cem mil.

Creio que se há de renunciar à ideia de que as decisões dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, em qualquer causa, em qualquer causa e a propósito de não importa qual questão, mereçam sempre ser reexaminadas. Cumpre estabelecer a possibilidade de seleção. Dos critérios para isso deveria cuidar a lei ordinária, desde que constitucionalmente autorizada.

Certamente de se evitar que, para contornar o problema, se multipliquem, por decisão pretoriana, os obstáculos formais ao recurso. Esse é o pior caminho, podendo conduzir a que temas relevantes sejam sonogados à apreciação do Tribunal por força de empecilhos que, em verdade, não se justificariam.²

Segundo Nelson Luiz Pinto (1996, p. 44), o assoberbamento do Supremo Tribunal Federal teria sido decisivo para a criação do Superior Tribunal de Justiça. Nota-se a recorrência, desde sempre, do problema da quantidade de recursos submetidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça quando se trata do recurso especial e do recurso extraordinário.

Mas a tão-só criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988 não resolveu o problema do assoberbamento dos Tribunais Superiores.

2 Prefácio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 8-9.

Paralelamente às medidas já tomadas para conter o reconhecido e indesejado excesso de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, dentre as quais destacamos o instituto da repercussão geral, para o recurso extraordinário, o rito dos recursos repetitivos para o recurso especial e a súmula vinculante e impeditiva de recursos, o já citado rigorismo na análise da admissibilidade do recurso extraordinário e, mais recentemente, do recurso especial, inegavelmente tem sido utilizado como instrumento de contenção do acúmulo de trabalho naqueles tribunais.

Esta medida continua a ser largamente utilizada, inclusive adiantando-se, em juízo de admissibilidade, o próprio juízo de mérito do recurso especial e do recurso extraordinário, com vistas a se impedir seu seguimento e seu conhecimento, apesar das críticas da doutrina quanto à sua eficácia para a diminuição da sobrecarga de trabalho do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Daí decorre a importância do estudo dos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, notadamente o prequestionamento, objeto de súmulas tanto do Superior Tribunal de Justiça, como do Supremo Tribunal Federal, e que tantos debates ensejou, quanto a seu entendimento e configuração.

1 O REQUISITO DO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: A SÚMULA 281 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA 207 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A expressão “em única ou última instância” consubstancia o requisito do exaurimento ou esgotamento das instâncias ordinárias, assim denominado pela doutrina e jurisprudência.³

O recurso especial e o recurso extraordinário são cabíveis somente após o prévio esgotamento das instâncias ordinárias. A “causa decidida em única ou última instância”, a ensejar a interposição dos recursos especial ou extraordinário, é aquela em que foram interpostos todos os recursos ordinários cabíveis.

Quanto a este pressuposto de admissibilidade foram editadas as súmulas nº 207 do Superior Tribunal de Justiça, e 281 do Supremo Tribunal Federal, as quais tratam da questão.

Por meio da Súmula 207, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu ser “inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.285-286.

contra o acórdão proferido no tribunal de origem.” O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema pode ser melhor explicitado através da seguinte ementa de acórdão:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO UNÂNIME - NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES - NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS- INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 207/STJ - NÃO COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1.- A Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, dispõe que ao STJ compete julgar, em sede de recurso especial, causas decididas, em única ou última instância. Este último requisito pressupõe o esaurimento das vias recursais nas instâncias ordinárias, para abertura da via especial.

2.- No caso dos autos, o Recorrente não interpôs Embargos Infringentes, no intuito de que prevalecesse o voto minoritário, como seria de rigor. Assim, é de se concluir, inevitavelmente, que as instâncias ordinárias não foram esgotadas, devendo ser aplicado, na espécie, o teor da Súmula 207 desta Corte: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

[...]

4.- Agravo Regimental a que nega provimento.⁴”

A referência aos embargos infringentes, no entanto, não limita a aplicação da Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça à ausência de interposição deste específico recurso, para viabilizar a posterior interposição de recurso especial ou extraordinário.

Este entendimento se aplica também quando não se interpõe, perante o órgão jurisdicional de origem, qualquer outro recurso considerado “ordinário” e que seja cabível contra a decisão a desafiar recursos especial ou extraordinário.

⁴ AgRg no AREsp 243.599/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012.

Pode-se inserir, neste contexto, o agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC⁵, cabível contra as decisões do relator negando seguimento ou dando provimento a recursos, nos Tribunais.

O julgamento monocrático dos recursos, no âmbito dos Tribunais, foi previsto pela Lei 9756, de 17 de dezembro de 1998.

Antes, pressupunha-se o julgamento colegiado destes recursos. Por isso, dúvida não havia de que o recurso especial só teria cabimento contra acórdão.

A competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do recurso especial foi estabelecida pela Constituição Federal de forma diferente da prevista para o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do recurso extraordinário, quanto ao órgão prolator da decisão contra a qual tais recursos podem ser interpostos.

A par da matéria que cada um destes Tribunais aprecia, em virtude de suas competências de guarda da Constituição Federal ou de garantir a integridade e uniformidade da aplicação da lei federal, o recurso extraordinário, ao contrário do recurso especial, pode ser interposto de decisão de juiz singular, uma das modalidades de decisões monocráticas previstas pela legislação processual civil vigente.

O recurso especial, diz expressamente a Constituição Federal, só pode ser interposto de decisão de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal.

Por isso, antes da alteração da redação do artigo 557 do CPC pela lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, era decorrência da previsão de cabimento do recurso especial apenas contra decisão dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a vedação de interposição de recurso especial contra decisões monocráticas. A doutrina da época revela este contexto histórico:

5 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

§ 1º-A 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Em primeiro lugar, tem-se que somente decisões colegiadas, emanadas dos tribunais, e somente daqueles tribunais elencados taxativamente no inciso III do art. 105 da Constituição Federal, é que poderão ser impugnadas por recurso especial.

[...]

Como só é cabível recurso especial das decisões proferidas pelos Tribunais relacionados no mesmo dispositivo constitucional (art. 105, Iii), as causas decididas em única instância serão somente aquelas de competência originária daqueles Tribunais, de cuja decisão não caiba recurso ordinário. Sendo este cabível, não se poderá interpor o recurso especial antes do esgotamento de todos os recursos ordinários.⁶

Agora, a vedação da interposição de recurso especial contra as decisões monocráticas proferidas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais deslocou-se para o requisito de admissibilidade do exaurimento ou esgotamento das instâncias ordinárias.

Há previsão expressa, no § 1º do art. 557 do CPC, de cabimento de recurso de agravo, dirigido para o órgão colegiado competente para o julgamento do recurso, contra a decisão do Relator que o julgou monocraticamente.

A decisão monocrática proferida por Desembargador Federal ou de quaisquer Tribunais de Justiça Estaduais, relator do recurso de natureza ordinária, nos termos do *caput* ou do § 1º do artigo 557, do CPC, é sem dúvida, uma decisão destes Tribunais.

Apesar disso, sem que se tenha interposto o agravo previsto no § 1º-A do artigo 557 do CPC, recurso de natureza ordinária, o recurso especial não terá cumprido o requisito de admissibilidade do esgotamento ou exaurimento das instâncias ordinárias, pois não se estará diante de uma causa decidida em única, ou última instância, por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal.

Todas estas considerações concernentes ao recurso especial aplicam-se também ao recurso extraordinário.

A Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal é anterior e tem redação mais ampla que a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça: “é

6 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 108 e 113.

inadmissível recurso extraordinário quando couber, na origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Como se vê, a redação ampla da Súmula 281 está mais consentânea com o sistema recursal hoje vigente quanto aos contornos do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Porém, em relação aos embargos de declaração cabíveis quando a decisão é omissa em apreciar a questão constitucional ou a questão federal, a ensejar recurso extraordinário ou recurso especial, não há consenso entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Para o Supremo Tribunal Federal a interposição dos embargos de declaração, nesta circunstância, ainda que rejeitados, implica no preenchimento do requisito do prequestionamento e viabiliza o conhecimento do recurso extraordinário quanto à questão constitucional omitida. É o que está sufragado na Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

Este posicionamento, no entanto, não é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao recurso especial.

Se os embargos de declaração foram rejeitados, apesar de ter havido omissão, a ser sanada pela origem, em relação a alguma questão federal, a decisão violou as disposições do inciso II do artigo 535 do CPC.

Sendo assim, de acordo com a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, cabível seria, primeiramente, a veiculação de recurso especial por violação ao inciso II do artigo 535 do CPC, visando à anular a decisão omissa e a de rejeição dos embargos, forçando o pronunciamento quanto à questão federal omitida.

A interposição dos embargos de declaração, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, melhor se enquadra no preenchimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Esta diferença de posicionamento será objeto de detida análise neste trabalho.

2 O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O pressuposto ou requisito que se convencionou denominar prequestionamento se identifica com a expressão “causas decididas”, as quais ensejam o julgamento, em recurso especial ou extraordinário, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.⁷

7 BUENO, op. cit., p. 273-274.

Sem dúvida, é o requisito de admissibilidade do recuso especial e do extraordinário que mais suscitou debates. Aliás, a importância dada ao tema supera a do próprio mérito de ambos os recursos, aspecto que fica evidenciado no julgado cuja ementa passa-se a transcrever:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. VERIFICAÇÃO DE ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. ÓBICES PREVISTOS NAS SÚMULAS 454 E 279 DO STF, POR IMPLICAR REEXAME DE CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA, POIS O RECURSO NÃO ULTRAPASSOU A FASE DE CONHECIMENTO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS QUAIS É SUSCITADA OMISSÃO DO JULGADO QUANTO À NÃO APRECIACÃO DO TEMA CONSTITUCIONAL ARGUIDO NAS RAZÕES DO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. HAJA VISTA A INOBSERVÂNCIA DO PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL PELA RECORRENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

[...]

8. Embargos de declaração. Omissão do julgado quanto à apreciação da matéria constitucional suscitada nas razões do recurso extraordinário. Alegação insubsistente. O recurso não ultrapassou a fase de conhecimento, por ausência de prequestionamento da matéria constitucional. 9. Embargos de declaração desprovidos. (ARE 661763 AgR-ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19.03.2013.”

Sequer convergem, ambas as Cortes Superiores, em relação à configuração do prequestionamento, requisito viabilizador do

conhecimento do recurso extraordinário e do recurso especial. As Súmulas nº 356 do Supremo Tribunal Federal e 211 do Superior Tribunal de Justiça estampam esta dicotomia de entendimento quanto ao preenchimento deste requisito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial.

3 CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO E A SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É do confronto entre o histórico do surgimento do termo “prequestionamento”, consagrado pela doutrina, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e a redação utilizada pela Constituição Federal de 1988, ao elencar as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, que se parte para a análise da configuração deste requisito de admissibilidade.

O sentido do termo “prequestionar”, segundo a doutrina, tem muito mais a ver com a atividade das partes do que com a decisão da qual se interpõem o recurso extraordinário ou o recurso especial. Porém, não é este o sentido, ou pelo menos não o único, em que é utilizado para que se tenha como presente o requisito de admissibilidade recursal do questionamento.

Quanto ao questionamento, sequer há unanimidade em relação ao seu conceito, havendo grande polêmica a respeito:

[...] 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, inocorrendo o questionamento – então concebido como questionamento realizado pelas partes antes do proferimento da decisão passível de impugnação pelo recurso extraordinário –, 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 perante a instância inferior.

[...]

Posteriormente, o entendimento acerca do questionamento evoluiu, tendo sido exaradas manifestações jurisprudenciais no sentido de que há questionamento quando a decisão recorrida tiver adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal. Para esse entendimento, assim, o questionamento estaria *na decisão recorrida*, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior. Esses entendimentos foram conjugados, havendo

na jurisprudência decisões que se manifestam no sentido de que o prequestionamento é a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão de referida instância.

Dáí haver, na jurisprudência, diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento. *Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.⁸

Tendo em vista as diversas correntes de entendimento acerca da configuração do requisito do prequestionamento, importa necessariamente, adotar uma delas.

Apesar dos entendimentos contrários, como o de José Miguel Garcia Medina⁹, para quem o prequestionamento é ato da parte, adotar-se-á a concepção de que o prequestionamento deve ser analisado em relação à decisão recorrida.

O prévio debate das partes sobre a questão constitucional ou federal que se pretenda levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, ou ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso especial ou de recurso extraordinário, será levado em conta para a análise do cabimento e necessidade da interposição de embargos de declaração ditos “prequestionadores”, caso tenha havido omissão, pelo órgão jurisdicional de origem, no tratamento destas questões de lei federal ou constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça divergem, especificamente, quanto aos efeitos e às consequências derivadas da rejeição dos embargos de declaração interpostos na origem e a configuração do requisito do prequestionamento, viabilizador do recurso especial e do recurso extraordinário.

Esta divergência de entendimento é o tema principal deste trabalho, e para que se possa demonstrá-la, bem como perquirir as razões do entendimento de um e outro destes tribunais, não se pode deixar de conceituar prequestionamento.

Assim, de forma resumida, pode-se dizer que “tem-se o prequestionamento como manifestação do tribunal recorrido acerca

8 MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento e os Pressupostos dos Recursos Extraordinário e Especial*. In: WAMBIER, op.cit., p.275-276.

9 Ibidem, p. 275-276.

de determinada questão jurídica federal ou constitucional”¹⁰. É este o conceito que será aqui adotado.

Importa, para a configuração do prequestionamento, que a questão federal ou constitucional tenham sido decididas ou, utilizando-se de outra expressão comum na jurisprudência, tenham sido ventiladas na decisão recorrida. A questão deve ter sido enfrentada pelo órgão jurisdicional de origem.¹¹

Portanto, a nosso ver, é a análise da decisão recorrida que pauta a investigação quanto ao preenchimento ou não do requisito do prequestionamento.

Este o entendimento que decorre do teor da súmula 282 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A aplicabilidade desta súmula não se limita ao recurso extraordinário. A súmula foi editada ainda quando o Supremo Tribunal Federal detinha competência para apreciar, por meio do recurso extraordinário, as questões de lei federal cujo exame, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a caber ao Superior Tribunal de Justiça pela via do recurso especial.

De outro lado, o prequestionamento é analisado em sua substância, seu conteúdo, com vistas ao enfrentamento, ou ausência deste, da questão constitucional ou da questão de lei federal, não sendo necessária a menção numérica da norma da Constituição Federal ou de lei federal. É neste sentido que se deve entender a exigência de que o prequestionamento deve ser explícito.

4 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO “PREQUESTIONADORES”: CABIMENTO NA ORIGEM

Não é possível analisar o preenchimento do requisito do prequestionamento, para a admissão do recurso extraordinário e do recurso especial, sem que se parta do estudo do cabimento ou não dos embargos de declaração e do resultado do julgamento deste recurso, na origem, contra a decisão da qual se recorre.

Quanto a este ponto há consenso entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

10 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Bahia: JusPODIVM., 2011. p. 260.

11 BUENO, op. cit., p. 275.

Importa frisar ainda uma vez que a admissão e conhecimento do recurso especial e o recurso extraordinário, viabilizando o julgamento de mérito, devem estar preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, os quais, como já colocado alhures, e por não constituírem o foco do presente trabalho, serão tidos como preenchidos, restando a problemática, apenas, quanto ao prequestionamento da questão constitucional ou da questão de direito federal suscitadas no recurso especial ou no recurso extraordinário.

Os embargos de declaração, dada sua natureza de recurso de fundamentação vinculada, tem cabimento tão somente para corrigir os vícios da decisão judicial, enumerados nos incisos I e II do artigo 535 do CPC.

Havendo obscuridade, contradição (entre a fundamentação e o dispositivo da decisão), ou omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, serão cabíveis os embargos de declaração.

Em tese, os embargos de declaração serão sempre cabíveis, de qualquer decisão judicial. É o que acima se viu, sob a denominação de princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais.

O recurso especial e o recurso extraordinário, por sua vez, são cabíveis, apenas, das “causas decididas em única ou última instância”. Para o recurso especial, estas decisões serão apenas as dos tribunais.

Fixou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a expressão “causas decididas em única ou última instância” diz respeito a dois requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário: o prequestionamento (causas decididas) e o exaurimento das instâncias ordinárias (em única ou última instância).

Diante do princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais, para se aferir o preenchimento dos requisitos do prequestionamento e do exaurimento das instâncias ordinárias, deve-se perquirir quanto ao cabimento ou não, na origem, dos embargos de declaração, sua interposição e, se interposto, o resultado do seu julgamento.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, assentaram em diversas súmulas esta conclusão. Quanto ao requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, foram editadas as súmulas nº 281 do Supremo Tribunal Federal e nº 207 do Superior Tribunal de Justiça.

Através das súmulas nº 356 do Supremo Tribunal Federal e nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, tratou-se dos embargos de declaração e o preenchimento do requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos especial e do recurso extraordinário.

A importância da interposição dos embargos de declaração na origem se revela, ainda, na Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

Tendo havido o enfrentamento da questão constitucional ou federal suscitada no recurso extraordinário ou no recurso especial, estaremos diante do cumprimento do requisito do prequestionamento, permitindo o exame do mérito destes recursos de natureza excepcional.

A polêmica quanto à configuração do requisito do prequestionamento para a admissibilidade do recurso extraordinário, e a necessidade ou não de interposição dos embargos de declaração, na origem, não é nova e foi objeto da súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal: “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.”.

Tal consideração leva em conta, portanto, que já foram interpostos todos os demais recursos ordinários cabíveis, os fundamentos não constitucionais da decisão passível de recurso extraordinário não são suficientes a lhe dar respaldo e há repercussão geral da matéria; restaria apenas o debate acerca do prequestionamento viabilizador do conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise do preenchimento do requisito do prequestionamento tem como objeto a decisão contra a qual se interpôs o recurso extraordinário e não as alegações das partes antes de sua prolação. Este é, em princípio, o entendimento que tradicionalmente se consolidou na doutrina e na jurisprudência. É o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, na prática, abandonou este posicionamento a partir da edição da Súmula nº 356, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração, na origem, para o fim de prequestionamento, o que ainda será explicado no decorrer deste trabalho. Mas, é o conceito dominante e, segundo a doutrina, o mais correto tecnicamente.

Diante de uma decisão contra a qual se pretende interpor recurso extraordinário, e sendo esta omissa a respeito do tema constitucional que deveria ter sido enfrentado, a interposição dos embargos de declaração mostra-se imprescindível para configuração do requisito do prequestionamento, nos termos do que se assentou na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, a questão do prévio debate da questão constitucional a ser levada ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário se mostra relevante, isto sim, para se analisar o cabimento dos embargos de declaração na origem, e não para a configuração do requisito do prequestionamento.

Portanto, a arguição, pelas partes, perante as instâncias ordinárias, da matéria constitucional objeto do recurso extraordinário, abre a

possibilidade de se interpor embargos de declaração, caso seja omissa a decisão a este respeito.

Afinal, sem a prévia arguição do tema constitucional, não se tratando de matéria cognoscível de ofício, não haveria omissão a ser sanada por meio de embargos de declaração.

Neste sentido está assentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que se exemplifica pelas seguintes ementas de acórdãos:

Embargos de declaração no segundo agravo regimental no agravo de instrumento. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Não há omissão, contradição ou obscuridade. Precedentes.

1. No julgamento do recurso, as questões postas pela parte recorrente foram enfrentadas adequadamente. Inexistência, portanto, de quaisquer dos vícios do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Embargos de declaração rejeitados (AI 567.929-AgR-Segundo-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7.12.2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.(ARE 716932 AgR-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 1.04.2013)

Este entendimento também está sedimentado no Superior Tribunal de Justiça em relação aos embargos de declaração e a omissão, na origem, na apreciação da questão federal objeto de recurso especial:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 461 E 632 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO TEMA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Não resta caracteriza violação ao artigo 535 do CPC, pois a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistente qualquer omissão ou contradição no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pelo recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.

2. A questão relativa à necessidade de intimação pessoal da agravante para cumprimento de obrigação de fazer não foi abordada pelo Eg. Tribunal de origem, carecendo, assim, do indispensável requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.

3. Não se pode reconhecer ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, pois a alegada violação aos dispositivos referidos no apelo especial somente foi ventilada em sede de embargos declaratórios, vale dizer, não foi oportunamente suscitada quando do oferecimento das razões do agravo de instrumento, tratando-se de vedada inovação recursal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 947.367/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 07/06/2011)

RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO FEDERAL, AO REDOR DE DETERMINADA DISPOSIÇÃO DE LEI, SOMENTE SUSCITADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

NÃO CABIMENTO DO RECURSO. EM TAL CASO, OS EMBARGOS NÃO TÊM O DOM DE CHAMAR À BAILA A QUESTÃO, A FIM DE TORNAR-SE VIÁVEL O APELO AO STJ. TRATA-SE DE QUESTÃO EM TORNO DA QUAL NÃO SE FORMOU O CONTRADITÓRIO. É CASO, POIS, DE APLICAÇÃO DA SUMULA 282/STF.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 33736/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/1993, DJ 06/12/1993, p. 26663)

Porém, em se tratando de questão a ser conhecida de ofício, desnecessário se apresenta o debate prévio pelas partes. Omitindo-se o órgão de origem em apreciá-la, os embargos de declaração são cabíveis e configura-se a omissão sanável através deste recurso.¹²

Isto porque o julgador pode e deve apreciar as matérias cognoscíveis de ofício independentemente de debate prévio pelas partes. São cabíveis, nesta hipótese, os embargos de declaração e sua interposição pode suscitar pela primeira vez a questão constitucional ou de lei federal a ser objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial.

Em sentido contrário, se não forem opostos os embargos de declaração não poderão ser conhecidos o recurso especial, nem o recurso extraordinário, para tratar do tema constitucional ou de lei federal os quais deveriam ter sido conhecidos de ofício na hipótese de omissão do tema nas instâncias ordinárias.

A ideia prevalecente é a de que, por se tratarem de cortes eminentemente revisoras, nem o Supremo Tribunal Federal, nem o Superior Tribunal de Justiça, poderão conhecer pela primeira vez de qualquer tema constitucional ou de lei federal, mesmo que sejam questões cognoscíveis de ofício. O conhecimento de qualquer questão, pela primeira vez, por estes Tribunais, é vedado porque só podem julgar, em recurso extraordinário, ou em recurso especial, causas decididas (pelas instâncias ordinárias).

Em relação às hipóteses de cabimento dos embargos de declaração na origem, e a necessidade da sua interposição, é convergente o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Quanto a estes aspectos, a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal tem aplicação também em relação ao recurso especial.

Porém, a convergência de entendimento destes dois Tribunais Superiores não se estende às consequências da rejeição dos embargos de declaração, na origem, e a permanência da omissão em relação à matéria objeto de recurso especial ou recurso extraordinário.

5 A SÚMULA Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A INTERPOSIÇÃO E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM E A CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Fica óbvio que se o enfrentamento da questão constitucional ou de lei federal não se deu, e o recorrente deixou de interpor os embargos

12 REsp 599.754/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 223.

de declaração para sanar a omissão da decisão da qual se recorreu, resta evidenciada a falta de cumprimento do requisito do prequestionamento.

Se o recorrente deixou de interpor os embargos de declaração para sanar a omissão da decisão recorrida, não se tem por prequestionada a questão constitucional ou de lei federal objeto do recurso extraordinário ou do recurso especial. A nosso ver, estará descumprido também o requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Se os embargos de declaração foram interpostos para o fim de suscitar o enfrentamento, expressamente, da questão federal ou da questão constitucional omitida e foram acolhidos na origem, sanando-se esta omissão, tem-se por configurado o prequestionamento (explícito).

A polêmica reside, porém, na hipótese da rejeição, na origem, dos embargos de declaração interpostos para sanar a omissão no enfrentamento da questão constitucional ou de lei federal.

É exatamente quanto a este aspecto, relativo às consequências da rejeição dos embargos de declaração para a configuração do prequestionamento, que se verifica divergência fundamental entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o requisito do prequestionamento resta cumprido quando se suscita, por meio de embargos de declaração, a matéria constitucional pertinente, ainda que tenha sido enfrentada e que e que aqueles tenham sido rejeitados. A persistência da omissão, nestas circunstâncias, não impede a admissão do recurso extraordinário, quando e se estiverem cumpridos os demais requisitos para tanto.

Este entendimento do Supremo Tribunal Federal baseia-se na aplicação integral e sem qualquer outra restrição de sua Súmula nº 356.

Para o Supremo Tribunal Federal, se os embargos de declaração eram cabíveis na origem, ou seja, tratando-se de omissão da decisão recorrida na apreciação da matéria constitucional suscitada previamente, ou cognoscível de ofício e tendo sido interpostos os embargos de declaração para sanar tal omissão, reputa-se satisfeito o requisito do prequestionamento, permitindo a análise do mérito do recurso extraordinário.

O recurso extraordinário, então, é admitido e conhecido mesmo sem o enfrentamento da questão constitucional pela decisão recorrida, desde que estejam preenchidos os demais requisitos necessários à sua admissibilidade. Não se está, a rigor, diante de matéria ventilada na decisão recorrida e de situação que possa ser enquadrada na súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, para o Supremo Tribunal Federal, basta a interposição dos embargos de declaração contra a decisão que se omitiu no mister de

apreciar a questão constitucional objeto do recurso extraordinário para configurar-se o que aquela Corte entende como prequestionamento.

A nosso ver, a aplicação da Súmula nº 356 colide com a Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, o entendimento estampado na Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal está superado em relação ao preenchimento do requisito do prequestionamento para a admissibilidade do recurso extraordinário, pois não mais se exige que a questão constitucional tenha sido enfrentada na decisão recorrida.

Pode-se dizer, assim, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento para viabilizar o recurso extraordinário se confunde com a análise da configuração do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Ora, se o raciocínio empreendido para a verificação da existência do prequestionamento resume-se à análise do cabimento e da necessidade da interposição dos embargos de declaração quanto à matéria constitucional omitida pela decisão objeto de recurso extraordinário, não importando o resultado do julgamento destes embargos de declaração, está se analisando, na verdade, se foram interpostos todos os recursos ordinários cabíveis.

O que está assentado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, com a devida vênia, não guarda correlação com significado histórico do prequestionamento e com a aplicação que sempre lhe conferiram a doutrina e na jurisprudência.

A configuração dada pelo Supremo Tribunal Federal imbrica-se, como se percebe, com o requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

O efeito, ou a consequência, da mera interposição dos embargos de declaração, na origem, para sanar omissão realmente existente em relação ao tema constitucional objeto do recurso extraordinário, portanto, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, é o de acarretar o cumprimento do requisito do prequestionamento.

O princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais impõe que se investigue, sempre, quanto ao cabimento dos embargos de declaração, após a análise do cabimento de todos os demais recursos ordinários cabíveis. Só assim verifica-se o preenchimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias.

Em última análise, trata-se da aplicação da Súmula nº 281 do Supremo Tribunal Federal em relação aos embargos de declaração. “É inadmissível recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, tendo esta súmula nº 281 aplicação, sempre, em relação aos embargos de declaração.

Quanto à interposição e resultado do julgamento dos embargos de declaração para sanar a omissão da questão federal passível de constituir fundamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diametralmente oposto, o que está estampado em sua Súmula nº 211, cuja aplicação foi recentemente reafirmada por aquele Tribunal.

As razões desta divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça serão expostas em capítulo próprio.

6 A SÚMULA Nº 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INTERPOSIÇÃO E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM E A CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO PARA A ADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL

Através da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, consolidou-se a diferença do entendimento daquele Tribunal e do Supremo Tribunal Federal quanto à configuração do prequestionamento e as consequências da rejeição, na origem, dos embargos de declaração opostos com a finalidade de suprir omissão da decisão quanto à matéria constitucional ou federal.

Partindo do pressuposto de que a realmente foi omissa a decisão, na origem, a respeito da questão federal a ser objeto de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça entende que a rejeição dos embargos de declaração não viabiliza a discussão do tema federal omitido, mediante recurso especial.

É o que ficou consagrado na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Se não houve apreciação do tema, expressamente, pelo Tribunal de origem, não pode ser admitido o recurso especial.

Então, permanecendo o Tribunal de origem omissa a respeito da questão federal, qual a solução a ser adotada pela parte para que seja exercida a competência constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, de guarda da supremacia, integridade e uniformidade de aplicação da legislação federal no território brasileiro?

Diante da omissão na apreciação da questão federal, ante o princípio da ampla embargabilidade das decisões judiciais, serão cabíveis embargos de declaração, com fundamento no inciso II do artigo 535 do CPC, os quais deverão ser interpostos.

Sendo o recurso de embargos de declaração um recurso ordinário, a sua interposição, como se viu, já seria exigível para o preenchimento

do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias, para se viabilizar o recurso especial.

Se o Tribunal *a quo* acolhe os embargos e supre a omissão, decidindo a questão federal, sem qualquer dúvida, considerar-se-á configurado o prequestionamento e será possível a pronta interposição do recurso especial tendo por objeto a questão federal que havia sido omitida no primeiro julgamento.

Se forem rejeitados os embargos de declaração, entende o Superior Tribunal de Justiça pelo cabimento do recurso especial, desta feita para discutir a violação do próprio inciso II do artigo 535, do CPC uma vez que, existindo omissão, o Tribunal *a quo* deveria ter acolhido o recurso de embargos de declaração.

Tendo em vista a competência constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, cabe àquela Corte apreciar a ofensa às normas de direito processual vigentes, leis federais que são, hipótese na qual se enquadra a ofensa às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC.

Reconhecida a omissão pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial interposto sob o fundamento da violação às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC é provido, anulando-se as decisões proferidas pelo Tribunal *a quo*, para que seja enfrentada a questão pelo tribunal inferior.

Apenas após o enfrentamento desta questão pelo Tribunal de origem, caberá o recurso especial para levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça a violação à legislação federal cuja apreciação havia sido omitida na primeira decisão proferida. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.¹³

De outro lado, a abordagem do Superior Tribunal de Justiça tem sido pragmática. O Superior Tribunal de Justiça não tem dado provimento ao recurso especial, interposto com fundamento na violação do inciso II do artigo 535 do CPC, quando rejeitados os embargos de declaração interpostos na origem, para fim de prequestionamento viabilizador do recurso especial, se não estiverem cumpridos os demais requisitos de admissibilidade deste recurso.¹⁴

13 REsp 445.456/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 14/02/2005; AgRg no AREsp 204.446/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013; RECURSO ESPECIAL Nº 1.202.144 – SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 08/02/2012; AgRg no Ag 1211136/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 17/12/2012.

14 AgRg no AREsp 212.983/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, reapreciou a Súmula nº 211 e manteve seu conteúdo, reafirmando expressamente a diferença de entendimento, no que tange à configuração do prequestionamento, para a admissibilidade do recurso especial, em comparação com aquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao se deparar com hipótese análoga.

As razões desta divergência decorrem das atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e serão analisadas a seguir.

7 AS RAZÕES DA DIVERGÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO: A REAFIRMAÇÃO DA SÚMULA Nº 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA Nº 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, já se pacificou o entendimento quanto à constitucionalidade da exigência do prequestionamento, assinalando Araken de Assis (2013, p. 647) que é da própria essência na natureza excepcional, extraordinária, dos recursos especial e extraordinário.

De outro lado, a diferença de posicionamento entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em relação ao prequestionamento, decorre das funções institucionais destes Tribunais.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração do prequestionamento, bem como quanto às consequências da interposição dos embargos de declaração e seu julgamento na origem, em face da omissão quanto à questão federal, parte exatamente das atribuições constitucionais daquele Tribunal.

Como a Constituição Federal reservou ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de guarda da integridade e da uniformidade de aplicação da legislação federal, cabe-lhe apreciar, por via de consequência a violação das disposições do inciso II do artigo 535 do CPC, na hipótese em que o órgão de origem rejeita embargos de declaração, não obstante tenha se configurado omissão passível de correção por este recurso.

Este é o primeiro obstáculo à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, após a Constituição Federal 1988, do mesmo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às consequências da rejeição dos embargos de declaração, na origem, em relação à matéria constitucional omitida e que enseja a interposição de Recurso Extraordinário.

A colidência dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é reconhecida por cada um destes Tribunais e é intencional.

A reafirmação da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, pela Corte Especial daquele Tribunal se deu justamente em contraposição ao entendimento do Supremo Tribunal Federal estampado na sua Súmula nº 356.¹⁵

De conformidade com as notícias acerca do julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp 968.378/RS, a reafirmação da Súmula nº 211, portanto, teve como finalidade evidenciar que o Superior Tribunal de Justiça não adota o entendimento da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento do Ministro Ari Pargendler foi o de que a prevalência da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal possibilitaria que o Superior Tribunal de Justiça analisasse questões fáticas e de provas, na hipótese de omissão relativa à legislação federal pelo Tribunal de origem, cabendo à parte interpor, nesta hipótese, recurso especial invocando a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, visando à anulação do julgamento para que seja enfrentada a questão pelo tribunal *a quo*. Manteve-se, por maioria de votos, a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não apontam para uma solução jurisprudencial de unificação dos seus entendimentos em relação ao tema. Ao contrário, reafirmam esta divergência em seus julgados.

O Superior Tribunal de Justiça deixou claro, ao reafirmar a Súmula nº 211, que enfrentar diretamente o tema omitido significaria reanalisar provas e fatos caso apreciasse diretamente a matéria omitida.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, porém, as razões do seu entendimento não ficam muito evidenciadas em suas decisões, e como explica a doutrina, distancia-se do que se convencionou conceituar prequestionamento. O entendimento estampado na súmula nº 356 contraria frontalmente o que está estampado na Súmula nº 282 também daquela Corte.

Uma consequência da adoção da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração na origem, persistindo a omissão em apreciar a questão constitucional, seria a da necessária submissão desta questão, sempre, antes, ao Superior Tribunal de Justiça, pois o Supremo Tribunal Federal não tem competência para analisar a ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC.

Com a solução adotada pela Súmula nº 356 o Supremo Tribunal Federal evita a submissão da questão constitucional ao Superior

15 BUENO, op. cit., p. 279.

Tribunal de Justiça, mesmo que se trate de analisar a omissão desta questão na decisão de origem.

Ademais, resolve-se, com a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, a questão das decisões singulares, em relação às quais não cabe o recurso de apelação, das decisões dos Colégios Recursais no âmbito do sistema dos Juizados Especiais e das decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, pois delas não cabe recurso especial.

Na hipótese de rejeição, na origem, dos embargos de declaração diante de omissão em apreciar a questão constitucional, em relação a tais decisões, não seria possível interpor recurso especial por ofensa ao inciso II do artigo 535 do CPC, pois o recurso especial só se mostra cabível contra decisões proferidas em única ou última instância, pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou pelos Tribunais Regionais Federais (inciso III do artigo 105 da Constituição Federal).

Por consequência, contra estas decisões não teria cabimento o recurso extraordinário, caso persistisse a omissão em apreciar a questão constitucional emanada daquela lide, o que contrariaria o próprio texto do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, anulando-se a função institucional do Supremo Tribunal Federal para tais demandas.

Por fim, assinala-se que, segundo Cássio Scarpinella Bueno, com apoio na doutrina do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Eduardo Ribeiro, o teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça daria atendimento ao comando constitucional do requisito para admissibilidade “causa decidida”, o qual se convencionou tratar prequestionamento¹⁶, o que não se dá com a adoção da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal.

Profícuas são as palavras de Cássio Scarpinella Bueno¹⁷, utilizando-se de estudo do ex-Ministro Eduardo Ribeiro, ao constatar a problemática do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação ao prequestionamento assinalando que

O trabalho do Ministro Eduardo Ribeiro a que nos referimos anteriormente defende, longa e persuasivamente, a *ratio* desta Súmula nº 211 e comprova, de modo exaustivo, que o entendimento encerrado naquele enunciado é o único que, verdadeiramente, afeiçoa-se com aquilo que deve ser entendido por prequestionamento: enfrentamento, *pela e na decisão recorrida*, da questão constitucional ou infraconstitucional que ensejará, nos termos dos arts. 102, III e

16 BUENO, Cássio Scarpinella. Pquestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 52-82. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos>>. Acesso em: 07 abr. 2013.

17 Ibidem, p. 52-82.

105, III, da Constituição Federal, a interposição de eventual recurso extraordinário

e/ou especial, respectivamente.

Moto perpetuo de sua análise é a demonstração de que a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, pela qual “O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, não oferece solução adequada ao instituto em estudo.

Segundo o preclaro Ministro, da recusa do Tribunal *a quo* em enfrentar, na decisão proferida, a questão legal/federal *não* segue o pressuposto para a interposição do recurso extraordinário e/ou especial, isto é, o prequestionamento. Acientífico, neste sentido, o comando encerrado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal e a *ficção* que o mesmo encerra quanto à configuração do prequestionamento.

Nas suas palavras:

“Ocorre que *a redação daquela súmula permite concluir que basta a apresentação dos declaratórios para ter-se superada a dificuldade, ainda que rejeitados por incabíveis*. Abrir-se-ia ensejo para recorrer, quanto ao ponto em relação ao qual omissa o acórdão, omissão que continuou após a decisão dos embargos”.

8 CONCLUSÕES

A rejeição dos embargos de declaração, interpostos para o fim de prequestionamento da questão constitucional ou da questão federal omitida no pronunciamento jurisdicional do órgão de origem, contra o qual pode ser interposto recurso especial ou extraordinário, tem consequências distintas para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Esta divergência se evidencia do confronto entre o texto da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal não aplica a sua Súmula nº 282 na hipótese de rejeição dos embargos de declaração “prequestionadores” na origem. Assim, diante da Súmula nº 356 não mais aplica o Supremo

Tribunal Federal o conceito de prequestionamento que emergia de sua Súmula nº 282, que está superada em relação ao recurso extraordinário.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, ao reafirmar a sua Súmula nº 211, demonstra que adota, para o recurso especial, o conceito de prequestionamento estabelecido pela Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

Do voto do Min. Ari Pargendler¹⁸ extrai-se que a aplicação do entendimento da Súmula nº 356 redundaria na permissão, para o Superior Tribunal de Justiça reanalisar matéria fática ou de prova, na hipótese de rejeição dos embargos de declaração “prequestionadores”, se fosse desde logo conhecido o recurso especial em relação ao tema federal omitido no julgamento realizado na origem, o que seria vedado pelas disposições do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Mas não seria possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça faz hoje, em duas etapas, o que faria em apenas uma etapa caso fosse revogada a Súmula nº 211 e prevalecesse também para o recurso especial a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal?

O recorrente interpõe o recurso especial por ofensa às disposições do inciso II do artigo 535 do CPC por omissão de questão de lei federal. O Superior Tribunal de Justiça analisa se esta omissão ocorreu, e se assim entender, anula a decisão de rejeição dos embargos de declaração para que seja outra proferida pelo Tribunal de origem, com a apreciação do tema omitido. Se o julgamento daí advindo afrontar a lei federal, segue-se com a interposição do recurso especial, para abordar, diretamente, o tema que fora anteriormente omitido, e que constitui verdadeiramente a matéria de fundo discutida no caso concreto.

No entanto, para a maior parte da doutrina a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça é a mais acertada do ponto de vista técnico.

Pode parecer, à primeira vista, que seria tão somente burocrático o procedimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça a teor do que impõe a Súmula nº 211.

Mas, sem o pronunciamento da origem quanto à questão federal, não se está diante de uma causa decidida à luz da lei federal a dar ensejo ao recurso especial. O prequestionamento não terá ocorrido.

Sequer se sabe, de antemão, se o Tribunal de origem afrontará a lei federal quando sanar a omissão em apreciar a questão federal omitida. Pode dar-lhe a correta aplicação, favoravelmente a quem interpôs o recurso especial com base na violação do inciso II artigo 535 do CPC, uma vez que se admitem efeitos infringentes aos embargos

18 No julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp 968.378/RS.

de declaração se e quando decorrentes do suprimento da omissão que levou à sua interposição.

Entendimento diverso do que o estampado na Súmula 211 poderia levar à supressão de instância, pois o Superior Tribunal de Justiça apreciaria, pela primeira vez, a questão federal objeto do recurso especial, omitida nas instâncias ordinárias. É exatamente o que ocorre relativamente à questão constitucional omitida na origem, a teor do que ficou assentado na Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal.

Como se expôs acima, no capítulo dedicado à análise da Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, basta que o recorrente interponha os embargos de declaração, na origem, quanto à questão constitucional omitida, para que se tenha por preenchido o requisito do prequestionamento para viabilizar o recurso extraordinário.

A implicação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal é a absoluta irrelevância do resultado do julgamento dos embargos de declaração interpostos na origem, na hipótese de omissão da questão constitucional a ensejar recurso extraordinário.

Por isso, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal, com a Súmula nº 356, reafirma a necessidade, apenas, do exaurimento das instâncias ordinárias, para a interposição do recurso extraordinário, abandonando o Supremo Tribunal Federal a idéia de prequestionamento objeto da sua Súmula nº 282.

Como o recurso especial por violação ao inciso II do artigo 535 do CPC só seria cabível das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais em única ou última instância, a aplicação da Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal propicia a interposição do recurso extraordinário na hipótese de omissão da questão constitucional em decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho ou finais de primeira instâncias.

A aplicação da súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal evita, ainda, uma necessária subordinação prévia da questão constitucional omitida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, pois o Supremo Tribunal Federal não tem competência para apreciar a violação ao inciso II do artigo 535 do CPC.

Por fim, não se vislumbra a unificação de entendimento pela via jurisprudencial, reafirmando, diuturnamente, tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal, esta divergência quanto ao conceito de prequestionamento, ou de causa decidida, em seus julgados.

REFERÊNCIAS

A JUSTIÇA em Números. In: *O Estado de São Paulo*. Caderno Opinião, 04.nov.2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-justica-em-numeros-,955426,0.htm>> Acesso em: 01 abr. 2013.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Recurso Especial e Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais:1997.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 5. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Pquestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, páginas 52-82. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/textos>>. Acesso em: 07.abr.2013.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Bahia: JusPODIVM, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. O Pquestionamento e os Pressupostos dos Recursos Extraordinário e Especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

MIRANDA, Vicente. *Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, Nelson Luiz. *Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, *et al.* *Curso Avançado de Processo Civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

THE PRELIMINARY ENFORCEMENT AGAINST THE STATE TREASURY

Leonardo Castro de Sá Vintena¹
Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Execução Provisória; 2
A execução provisória em face da Fazenda Pública; 3
Conclusão; Referências.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

RESUMO: Analisam-se as questões relevantes envolvendo a execução provisória em face da Fazenda Pública. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se ao estudo da execução provisória em face dos particulares, ressaltando o seu importante papel na busca da celeridade e efetividade processual e apontando as distinções existentes com relação à execução definitiva. Em seguida, aborda-se o regime jurídico da execução em face da Fazenda Pública e suas prerrogativas processuais no procedimento da execução. Por fim, analisa-se a possibilidade da instauração de execução provisória em face da Fazenda Pública, seus requisitos e restrições, bem como o tratamento distinto conferido à execução da obrigação de pagar se comparada às demais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Provisória. Fazenda Pública. Precatório. Trânsito em Julgado.

ABSTRACT: We analyze the relevant issues involving the preliminary enforcement against the State Treasury. For better understanding of the topic, the first part turns to the study of the preliminary enforcement against the private, emphasizing its important role in the pursuit of speed and procedural effectiveness and pointing out the existing distinctions in comparison to the final enforcement. It then discusses the legal regime of the enforcement against the State Treasury and their procedural prerogatives in the enforcement procedure. Finally, we analyze the possibility of commencing a preliminary enforcement against the State Treasury, its requirements and restrictions, as well as the different treatment given to the enforcement on the obligation to pay if compared to the others.

INTRODUÇÃO

Esta obra tem por objetivo promover, por meio de consulta à legislação, doutrina e jurisprudência, uma detida análise da execução provisória contra a Fazenda Pública.

Referido estudo é de suma importância, tendo em vista que o ordenamento processual civil brasileiro admite expressamente a execução provisória no artigo 475-O do CPC e enumera diversas hipóteses em que os recursos serão recebidos apenas no efeito devolutivo, possibilitando, portanto a utilização daquela figura.

Por outro lado, a Fazenda Pública goza de prerrogativas que apontam para uma execução diferida, tais como o reexame necessário, as restrições à concessão de liminares e antecipações de tutela e a sistemática do precatório, que condiciona o pagamento de quantia em dinheiro ao prévio trânsito em julgado de decisão final condenatória.

Pretende-se, com este trabalho, aprofundar e sistematizar o conhecimento sobre o instituto da execução provisória, distinguindo-a da execução definitiva, enumerando as suas hipóteses de cabimento e analisando o seu procedimento.

Em seguida, aborda-se a possibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública, demonstrando e justificando o tratamento dispensado às obrigações de pagar e destacando-o daquele conferido às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Busca-se, ainda, esclarecer uma dificuldade prática enfrentada pela Fazenda Pública em juízo, consistente na execução de obrigações de fazer que impliquem, indiretamente, no pagamento de quantia.

Também merece destaque a questão referente à possibilidade de execução provisória nos Juizados Especiais de Fazenda Pública e nos Mandados de Segurança, que possuem procedimentos específicos.

Por fim, procura-se, com o presente estudo, apresentar sugestões para a melhoria do arcabouço legislativo relativo à execução provisória em face da Fazenda Pública, expondo as dificuldades ainda enfrentadas por tais entes que justificam um tratamento diferenciado, e ao mesmo tempo, sem desprestigiar a celeridade e a efetividade dos provimentos jurisdicionais buscadas pelos particulares.

1 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA

1.1 Noções gerais. Distinção entre execução definitiva e execução provisória

Antes de adentrar na análise da execução provisória, seu regime jurídico e hipóteses de cabimento, mostra-se necessário distingui-la da execução definitiva.

Até a entrada em vigor da Lei nº 10.444/2002, a principal diferença entre a execução provisória e a definitiva residia na possibilidade de chegar-se ou não à fase final do procedimento executivo, com a entrega do objeto da prestação do credor.²

Enquanto a execução definitiva permitia o alcance do resultado material pretendido pelo credor, na execução provisória não era possível chegar à fase final, limitando o procedimento à prática de atos preparatórios.

Por esse motivo, parte da doutrina entendia tratar-se a execução definitiva de uma “execução completa” e a execução provisória de uma “execução incompleta.”³

Após a referida alteração legislativa, que reformou o artigo 588 do CPC [posteriormente revogado pela Lei nº 11.232/2005], houve uma ampliação do papel da execução provisória. Passou a ser possível, ainda que mediante a observância de certas condições especiais, o alcance do resultado material pretendido pelo credor em sede de execução provisória.

Tornou-se necessário, portanto, encontrar outro ponto de distinção entre a execução provisória e a definitiva.

E segundo a doutrina, o critério diferenciador passou a ser a estabilidade do título em que se funda a execução. Tratando-se de execução fundada em decisão definitiva transitada em julgado, está-se diante de uma execução definitiva. Tratando-se de execução fundada em decisão passível de alteração, está-se diante de uma execução provisória.⁴

Importante atentar para o fato de que, na sistemática atual, provisória é apenas a natureza do título executivo, “os atos executivos praticados em virtude de sentença que ainda não foi confirmada pelo tribunal não podem ser chamados de provisórios.”⁵

Nesse sentido se manifestou Cassio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

² DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 40.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 371/372.

⁴ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 40.

⁵ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 368.

É que a execução que aqui analiso não é, propriamente, provisória, nem temporária. Estas duas palavras, usualmente associadas às tutelas de urgência em processo civil, dão a falsa impressão de que a execução, por ser provisória, sê-lo-ia porque aguardaria o pronunciamento de uma decisão futura que venha substituí-la ou conformá-la.

[...]

A execução provisória é muito mais uma execução antecipada do que, propriamente, provisória.⁶

Também não há que se falar que os efeitos da decisão passível de alteração são provisórios. Segundo Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Provisório é o ato jurisdicional (ou a decisão em senso lato) em que se funda a execução chamada de provisória. A decisão que recebe a apelação apenas no efeito devolutivo (e, portanto, não tem efeito suspensivo) abre oportunidade para a sentença produzir imediatamente seus efeitos. Tais efeitos, à semelhança do que ocorre com a execução não são diferentes dos efeitos de uma sentença transitada em julgado. Neste ponto, a distinção não está nos efeitos, mas sim na qualidade que os cobre, já que apenas a sentença transitada em julgado produz efeitos qualificados pela autoridade da coisa julgada material.⁷

Exatamente por esses motivos a doutrina critica as nomenclaturas execução definitiva e execução provisória, entendendo que mais correto seria utilizar os termos *execução fundada em decisão definitiva e execução fundada em decisão provisória*⁸, ou mesmo *execução completa fundada em título definitivo e execução completa fundada em título provisório*⁹.

Verifica-se, a toda evidência, que a distinção entre execução provisória e definitiva foi corretamente empregada na definição formulada por Scarpinella Bueno:

6 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 41.

7 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 370.

8 DIDIER JÚNIOR, et al., loc. cit.

9 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 372.

A execução provisória pode ser entendida como a possibilidade de a sentença ou o acórdão serem executados, isto é, cumpridos antes de seu trânsito em julgado. Dito de outro modo: a execução provisória é a autorização para que uma decisão judicial surta efeitos concretos mesmo enquanto existem recursos pendentes de exame perante as instâncias superiores.¹⁰

Estabelecidas essas primeiras premissas, passa-se ao estudo das hipóteses de cabimento da execução provisória.

1.2 Hipóteses de cabimento da execução provisória

Conforme dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 475-I, § 1º, a execução provisória de título judicial só é cabível quando a sentença exequenda for impugnada por recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo:

Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e *provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo*. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (grifo nosso)

Primeiramente, deve-se apontar uma atecnia presente tanto no artigo 475-I, § 1º, quanto no artigo 475-O, do CPC. Trata-se do emprego contínuo da palavra “sentença” ao se referir à execução provisória.

Evidente que, se o recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo for uma apelação, a decisão executável será uma sentença. Contudo, ao longo de um processo judicial são proferidas inúmeras decisões impugnáveis por recursos não dotados de efeito suspensivo. Em todos esses casos será possível a execução imediata da decisão.

Em outras palavras, “*não é apenas a sentença que pode ser executada no curso do processo ou na pendência do recurso não recebido no efeito suspensivo.*”¹¹

10 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 39.

11 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 365.

Nesse sentido, é executada de plano, no curso do procedimento de primeiro grau, a decisão que defere a antecipação de tutela. Tratando-se de decisão proferida em sede de cognição sumária, desprovida de imutabilidade, nada impede a sua reforma e consequentemente, o retorno das partes ao estado anterior.

Verifica-se, portanto, que o cumprimento da decisão antecipatória de tutela em muito se assemelha à execução provisória da sentença.

Também podem ser executados provisoriamente os acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados de segundo grau, o que na prática se verifica com muita frequência. Isso se deve ao fato de que, em regra, os recursos extraordinário e especial – utilizados para impugnar os acórdãos – são recebidos apenas no efeito devolutivo.

Portanto, para os fins deste estudo, *“a expressão ‘sentença’, assim, quer significar decisão, ou melhor, qualquer decisão passível de execução na pendência do recurso.”*¹²

Enfrentada e confirmada a possibilidade de execução provisória das decisões interlocutórias e dos acórdãos, passa-se agora ao estudo das hipóteses de cabimento da execução provisória da sentença.

Conforme mencionado acima, o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a execução provisória, refere-se exclusivamente à sentença. Ironicamente, *“o direito brasileiro admite que a sentença seja executada na pendência do recurso de apelação apenas em hipóteses excepcionais.”*¹³ Isso porque, em regra, o recurso de apelação é recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo. Nesse sentido, veja-se o artigo 520 do Código de Processo Civil:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito *devolutivo e suspensivo*. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

- I - homologar a divisão ou a demarcação;
- II - condenar à prestação de alimentos;
- III - (Revogado pela Lei nº 11.232, de 2005)
- IV - decidir o processo cautelar;

¹² Ibidem, p. 365.

¹³ Ibid., p. 355.

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;

(grifo nosso)

Verifica-se, contudo, que o próprio artigo 520 do CPC elenca seis exceções em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Nesses casos, o ordenamento jurídico pátrio permite a execução provisória da sentença. Todavia, esse rol de exceções não é taxativo.

O Código de Processo Civil também estabelece que o recurso de apelação será recebido somente no efeito devolutivo no caso de sentença de interdição [artigo 1.184 do CPC].

Do mesmo modo, fora do Código de Processo Civil diversos diplomas preveem hipóteses em que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo, possibilitando a execução provisória da sentença.

Um dos principais para os fins deste trabalho é a Lei nº 12.016/09, que, em seu artigo 14, § 3º, dispõe que *“a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”*.

Também merece destaque o artigo 14 da Lei nº 7.347/85 que, ao dispor que *“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”*, deixa implícito que a regra na ação civil pública é o recebimento dos recursos apenas no efeito devolutivo.

Com relação ao processo de desapropriação, o artigo 28 do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe que *“da sentença que fixar o preço da indenização caberá apelação com efeito simplesmente devolutivo, quando interposta pelo expropriado, e com ambos os efeitos, quando o for pelo expropriante”*.

Na mesma linha, o artigo 58, V, da Lei nº 8.245/91 estabelece que nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação *“os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo”*.

Por fim, é interessante lembrar que mesmo nas hipóteses em que a legislação prevê o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, o apelante dispõe de um mecanismo processual apto à obtenção do efeito suspensivo, mediante demonstração da relevância dos fundamentos do recurso e fundado receio de sofrer grave lesão. Veja-se, nesse sentido, o artigo 558 do CPC:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. *Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.* (grifo nosso)

Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Ou seja, o art. 558 também se aplica aos casos em que o recurso de apelação deve ser recebido apenas no efeito devolutivo. Neste caso o recorrente pode pedir ao juiz – invocando a relevância dos fundamentos do recurso e fundado receio de sofrer lesão grave e de difícil reparação – que receba a apelação no efeito suspensivo.¹⁴

Um último comentário quanto a este ponto se faz necessário. Caso o juiz, mesmo provocado pelo recorrente nos termos do artigo 558, parágrafo único, do CPC, receba o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, caberá agravo de instrumento contra a referida decisão. Além disso, nada impede que, após a distribuição da apelação no tribunal, o recorrente requeira a concessão do efeito suspensivo diretamente ao relator do recurso.

1.3 Regime jurídico da execução provisória

A execução provisória de título judicial é regulada pelo artigo 475-O do CPC.

Primeiramente, merece destaque o *caput* do artigo 475-O, ao dispor que a execução provisória far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a execução definitiva.

Tal dispositivo se coaduna com as alterações realizadas no artigo 588, II, do CPC [alterado pela Lei nº 10.444/02] e agora no artigo 475-O, III, do CPC [introduzido pela Lei nº 11.232/05], que passaram a admitir a prática de atos expropriatórios em sede de execução provisória, mesmo que com algumas limitações.

¹⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 359.

*“De todo modo, ressalvadas essas limitações, a execução fundada em título provisório ocorre segundo o mesmo procedimento reservado para a execução de títulos definitivos.”*¹⁵ Passa-se agora ao estudo das mencionadas limitações, responsáveis por distinguir a execução provisória da definitiva.

1.3.1 Iniciativa para instauração

Quanto à instauração da execução provisória, o artigo 475-O, I, do CPC estabelece que dependerá de requerimento do exequente, ao contrário do que ocorre na execução de sentença definitiva [artigo 475-J do CPC], em que o devedor deve efetuar o pagamento de ofício, no prazo de quinze dias, independentemente de requerimento do credor.

Tal distinção se justifica por vários motivos. O primeiro deles está relacionado ao fato de que *“a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, o que afasta a possibilidade de imputação das despesas do processo ou dos honorários advocatícios ao executado.”*¹⁶

O segundo motivo consiste na possibilidade de provimento do recurso interposto pelo executado e consequente modificação ou reforma do título [artigo 475-O, II, do CPC], o que implica na restituição das partes ao estado anterior, ou seja, no desfazimento de todos os atos executórios praticados.

Por fim, também justifica a necessidade de requerimento do exequente para a instauração da execução provisória o fato de que o mesmo responderá objetivamente pelos prejuízos causados ao executado, caso venha a ser extinta a execução [artigo 475-O, I, do CPC].

Dessa forma, acertada a decisão legislativa de subordinar a instauração da execução provisória à iniciativa do credor, tendo em vista os riscos por este suportados.

1.3.2 Instrumento próprio

Nos termos do artigo 475-O, § 3º, do CPC, ao requerer a execução provisória, o requerente instruirá a petição com cópias de documentos e peças dos autos principais, que sejam necessários para o desenvolvimento da atividade executiva.¹⁷

Tal providência se faz necessária pelo fato da execução provisória ser processada em autos separados.

¹⁵ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 376.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 196.

¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 197.

E não poderia ser diferente, tendo em vista que, paralelamente à execução provisória, continua em curso o processo de conhecimento, este último em fase de julgamento de recurso. Portanto, seria inviável o desenvolvimento de ambas as atividades nos mesmos autos, já que são realizadas em juízos e instâncias distintos.

A execução definitiva, por sua vez, é ordinariamente realizada nos autos principais, diante do trânsito em julgado da fase cognitiva e inexistência de atividades paralelas a serem praticadas nos autos principais.

No entanto, existem exceções em que a execução provisória pode transcorrer nos autos principais e a execução definitiva pode transcorrer em autos apartados. Sem adentrar em profundidade na questão, pode-se citar como exemplo do primeiro caso a execução da tutela antecipada e do segundo caso a execução definitiva de parte da sentença não apelada, que transitou em julgado.¹⁸

1.3.3 Restituição das partes ao estado anterior

Na hipótese de provimento do recurso interposto pelo executado, que modifique ou anule a sentença exequenda, o artigo 475-O, II, do CPC determina que fica sem efeito a execução provisória, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento.

O dispositivo em comento enumera, portanto, dois mecanismos de defesa do direito do executado, em relação de subsidiariedade. Primeiro verifica-se a possibilidade de restituição das coisas ao estado anterior. Caso a mesma se mostre impossível ou insatisfatória, abre-se a possibilidade de liquidação dos prejuízos pela via da indenização.

Nas palavras de Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

É possível a restituição no estado anterior quando é viável a volta ao estado material que era anterior à execução. Quando é possível a restituição no estado anterior e ainda assim ocorreram danos, além da restituição, é devida indenização. Nos casos em que a restituição é impossível o executado deve ser indenizado em razão desta situação e dos eventuais danos que lhe foram provocados.¹⁹

¹⁸ Ibidem, p. 199.

¹⁹ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 378.

Muito se discute acerca da restituição das partes ao estado anterior na hipótese de expropriação do bem penhorado. Em que pesem entendimentos em sentido contrário, de acordo com o atual ordenamento jurídico não é cabível o desfazimento da arrematação, restando ao executado apenas a indenização pelo prejuízo sofrido.

O artigo 475-O, III, do CPC permite expressamente a prática de atos que importem alienação da propriedade, determinando, salvo nos casos de dispensa [art. 475-O, § 2º], o oferecimento de caução suficiente e idônea.

O objetivo da caução é justamente indenizar o executado pela perda da propriedade na hipótese de reforma da sentença exequenda. Não há, portanto, substrato lógico para se concluir pelo desfazimento da arrematação.

Além disso, o terceiro adquirente não possui qualquer relação com as partes em litígio, não podendo ser prejudicado pela desconstituição do título executivo, sob pena de estabelecer-se uma situação de extrema insegurança jurídica.

Enfim, não se deve cometer o erro de confundir execução provisória com arrematação provisória. A execução é provisória por ser fundada em título passível de reforma. A expropriação, por sua vez, é definitiva, trata-se de um ato jurídico perfeito que independe da natureza do título executivo.

1.3.4 Responsabilidade do exequente

Conforme já mencionado, a execução provisória corre por conta e responsabilidade do exequente, nos termos do artigo 475-O, I, do CPC. Isso significa que o credor responderá pelos prejuízos causados ao executado, caso o seu título seja cassado ou alterado.

A responsabilidade será objetiva, pois independe de culpa ou do ânimo subjetivo do exequente, decorrendo apenas da reforma da decisão em que a execução se fundou.

Trata-se, ainda, de hipótese de responsabilidade civil pela prática de ato lícito, *“uma vez que a execução da decisão provisória não é apenas expressamente autorizada por lei, como também encontra respaldo no direito fundamental à duração razoável do processo [art. 5º, LXXVIII, da CF].”*²⁰

A responsabilidade do exequente justifica-se pelo fato de que *“o processo não deve resultar em prejuízos para aquele que tem razão, pois deve conferir ao vencedor tudo aquilo que ele obteria no caso de cumprimento*

²⁰ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 377.

*espontâneo da obrigação.*²¹ Em outras palavras, o vencido tem o dever de indenizar o vencedor pelos prejuízos sofridos em decorrência do processo.

Deve-se atentar para o fato de que o ressarcimento previsto no artigo 475-O, I, do CPC também engloba uma indenização por prejuízos sofridos em razão do período em que o executado foi privado da fruição da quantia ou da coisa, bem como de eventuais danos a ela causados.

Também deve ser objeto de reparação, pelo exequente, eventual multa coercitiva imposta ao executado no curso da execução provisória.

Por fim, nada impede que o exequente seja condenado ao pagamento indenização por danos morais sofridos pelo executado, caso os mesmos sejam comprovados nos autos.

1.3.5 Necessidade de o exequente prestar caução

Outra particularidade da execução provisória está prevista no artigo 475-O, III, do CPC, e consiste na necessidade de prestação de caução suficiente e idônea para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado.

Trata-se de uma contracautela que deve ser exigida do credor, sempre *“antes da prática do ato que possa acarretar modificação do patrimônio do executado e não simplesmente em razão do início da execução da decisão provisória.”*²²

A caução, que decorre da provisoriedade e mutabilidade do título que embasa a execução provisória, será fixada pelo juiz e prestada nos próprios autos, podendo ser real [penhor, hipoteca, anticrese, etc.] ou fidejussória [fiança, cessão de créditos ou direitos, etc.].

Já o artigo 475-O, § 2º, do CPC prevê duas hipóteses em que a caução poderá ser dispensada pelo juiz.

A primeira hipótese de dispensa de caução depende de três requisitos, quais sejam: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; (ii) limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, e (iii) o exequente se encontrar em situação de necessidade.

21 DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 202.

22 MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 374.

A caução apenas será dispensada se os três requisitos estiverem presentes, podendo-se presumir a situação de necessidade quando se tratar de crédito de natureza alimentar.²³

A segunda hipótese de dispensa da caução ocorre quando estiver pendente agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso extraordinário ou de recurso especial, em virtude da própria natureza desse recurso.

A dispensa da caução, na hipótese do art. 475-O, § 2º, II, baseia-se na suposição de que os recursos especial e extraordinário, que devem se fundar em hipóteses excepcionais, têm pouca chance de sucesso após a decisão que, ao não admiti-los no tribunal de origem, obrigou à interposição de agravo no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.²⁴

Entretanto, o artigo 475-O, § 2º, II, do CPC confere ao juiz o poder de exigir a prestação de caução pelo exequente mesmo na pendência do citado agravo de instrumento, quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano ao executado, de difícil ou incerta reparação.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

2.1 A Fazenda Pública e seu regime jurídico diferenciado

A execução por quantia certa contra particulares tem como finalidade precípua a satisfação do credor, valendo-se para tanto das técnicas de constrição e expropriação dos bens do devedor.

Não ocorrendo o pagamento voluntário, realiza-se uma constrição sobre bem de titularidade do devedor, denominada penhora [art. 612, CPC], que institui direito de preferência em favor do credor sobre o bem penhorado.

Passada essa etapa, tem início a fase de expropriação, que pode consistir, nos termos do artigo 685-A do CPC: (i) na adjudicação, pelo credor, do bem penhorado; (ii) na alienação particular do bem penhorado para pagamento da dívida; (iii) na alienação por hasta pública; (iv) no usufruto, pelo credor, do bem penhorado.

²³ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 204.

²⁴ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 375.

No entanto, quando o devedor for a União, o Distrito Federal, Estado, Município, autarquia ou fundação pública, as regras supramencionadas não serão aplicáveis, porquanto os bens públicos de uso comum e de uso especial são dotados de impenhorabilidade e inalienabilidade [art. 100, do CC] e os bens públicos dominicais somente podem ser alienados se observadas as exigências legais [art. 101, CC].²⁵

Além disso, sobre a Fazenda Pública recai a presunção de solvabilidade, o que por si só colocaria em dúvida a utilidade e necessidade de garantia do juízo e a adoção de medidas de constrição.²⁶

Portanto, a execução contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, cuja finalidade é possibilitar a satisfação do credor sem a utilização das técnicas de constrição e expropriação.

Tais regras estão previstas no artigo 100 da Constituição Federal, em dispositivos do ADCT e nos artigos 730, 731 e 741 do CPC, e basicamente, determinam que os pagamentos feitos pela Fazenda Pública sejam despendidos pelo erário, devendo obedecer à sistemática do precatório.

2.2 Interesses antagônicos: celeridade e efetividade X proteção do erário e isonomia

Já foi possível verificar que a execução provisória tem cabimento na pendência de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, desde que impugnados por recurso ao qual não tenha sido atribuído efeito suspensivo.

Também se esclareceu que no ordenamento atual, provisória é apenas a natureza do título executivo, motivo pelo qual é possível, em sede de execução provisória, o alcance do resultado material pretendido pelo credor, em observância aos princípios da celeridade e efetividade da jurisdição.

Por outro lado, foi apresentado e justificado o regime especial de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, fruto de sua presunção de solvabilidade, das garantias que recaem sobre os bens públicos e dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público.

²⁵ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 404.

²⁶ Ibid., p. 408.

A partir deste momento, depois de estabelecidas todas as premissas necessárias à boa compreensão da matéria, será enfrentada a questão central do trabalho, referente à possibilidade, ou não, de execução provisória em face da Fazenda Pública.

Mostra-se necessário, portanto, estabelecer uma relação entre duas figuras aparentemente opostas, quais sejam, a execução provisória, com sua finalidade de celeridade e efetividade, e a execução em face da Fazenda Pública, com suas garantias e vedações destinadas à proteção do erário e da isonomia.

E conforme será demonstrado, a solução encontrada pela doutrina e jurisprudência é resultado de uma aplicação mitigada de ambos os institutos.

2.3 Obrigações de pagar: necessidade de prévio trânsito em julgado para a expedição do precatório

Em um passado não muito distante, entendia-se plenamente cabível a execução provisória em face da Fazenda Pública, tendo em vista a ausência de qualquer restrição ou regramento específico.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, o artigo 100 da Constituição da República passou a exigir o prévio trânsito em julgado de decisão exequenda para a expedição do respectivo precatório. Tal regra se justifica pela necessidade de inclusão do crédito no orçamento do ente devedor, devendo este ter uma única destinação. Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] não atende ao interesse público a destinação de verba para pagamento de precatório inscrito provisoriamente, tornando indisponível um valor que poderia ter outra destinação, já que é incerto que realmente será pago ao credor, em vista da possível modificação do status quo, decorrente do eventual provimento de algum recurso interposto ou, até mesmo, de modificação da sentença no reexame necessário.²⁷

No mesmo ano foi editada a Lei Complementar Federal nº 101/2000 [Lei de Responsabilidade Fiscal], que institui sérias penas ao ente público que não concretizar o dispêndio da quantia inscrita no orçamento, ou destiná-la à finalidade diversa da originalmente prevista. Dessa forma, a inscrição em orçamento de um precatório

²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 347/348.

provisório constituiria verdadeiro risco, já que o valor inscrito deveria ser obrigatoriamente utilizado no pagamento do precatório, mesmo que a condenação judicial viesse a ser reformada.

Plenamente justificada, portanto, a exigência de trânsito em julgado para a expedição de precatório, introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000. A propósito, nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo das alterações legislativas acima mencionadas:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. EFEITOS SOBRE A EXECUÇÃO. PROVISORIEDADE. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

A execução de decisão pendente de julgamento do recurso especial é provisória, o que impossibilita a expedição de precatório, seja originário ou complementar.

Precatório é ordem de pagamento de verba pública, cuja emissão só é possível se o débito for líquido e certo, circunstâncias inexistentes enquanto não se concretizou o trânsito em julgado da decisão.

Agravo regimental improvido.²⁸

A doutrina majoritária também entendeu de forma semelhante, reconhecendo, ainda que algumas vezes a contragosto, a necessidade de prévio trânsito em julgado para o pagamento de condenações judiciais.

A título exemplificativo, veja-se o posicionamento de Cassio Scarpinela Bueno:

Considerando que a própria noção de execução provisória pressupõe autorização para cumprimento do julgado independentemente de seu trânsito em julgado, independentemente de a decisão que a fundamenta (título executivo) pender de confirmação em grau de recurso, fica fácil perceber que a execução provisória para quantia de dinheiro está vedada em face da Fazenda Pública. Justamente porque,

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRMC 618/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600668337&dt_publicacao=28/06/1999>. Acesso em: 03 abr. 2013.

desde a Constituição Federal, se exige o trânsito em julgado da decisão que legitima a execução.²⁹

No mesmo sentido se manifestou Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

E não foi só. A Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000, modificando a redação dos parágrafos do art. 100 da CF, recheou o texto da Carta Magna com a expressão “trânsito em julgado”, ao mesmo tempo em que acrescentou novo dispositivo (art. 78) no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

[...]

Fixou-se, portanto, em âmbito constitucional que a execução contra a Fazenda Pública depende do trânsito em julgado da decisão exequenda. É, lamentavelmente, o que se extrai dos parágrafos do art. 100 da CF.³⁰

Cumpra esclarecer, por oportuno, que a edição da Emenda Constitucional nº 62/2009, que promoveu ampla reforma no regime de pagamentos dos débitos judiciais de titularidade da Fazenda Pública, manteve intacta a necessidade de prévio trânsito em julgado da decisão exequenda para a expedição do precatório. É o que se extrai do atual parágrafo 5º do artigo 100 da Constituição, abaixo transcrito:

§ 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.

Mostra-se equivocada, com o devido respeito, a tese sustentada por alguns autores, dentre os quais Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, de que a Emenda Constitucional nº 62/2009 legitimou a execução provisória contra a Fazenda Pública, pelo simples fato de que o artigo 100, *caput*, em sua redação atual, faz menção apenas à “sentença

29 BUENO, Cassio Scarpinella. Execução Provisória. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 62.

30 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 254/256.

judiciária”, omitindo-se quanto à necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório.³¹

Evidentemente, o artigo 100, *caput*, não deve ser lido isoladamente, devendo ser interpretado em conjunto com o parágrafo quinto, que por sua vez, prevê expressamente a necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório, pondo um fim à questão.

Outro ponto que merece abordagem é o referente à possibilidade ou não de execução provisória nos casos de dispensa da expedição do precatório, denominados no artigo 100, § 3º, da Constituição como obrigações de pequeno valor.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a Lei Federal nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, exige expressamente, em seu artigo 17, *caput*, o prévio trânsito em julgado para a expedição do ofício requisitório.

Legitimando o referido dispositivo, o artigo 100, § 3º, da Constituição, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a prever expressamente a necessidade de trânsito em julgado para o pagamento, pelo ente devedor, das obrigações de pequeno valor.

Não há nenhuma dúvida, portanto, quanto à impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública, também na hipótese de obrigação de pequeno valor.

Passa-se agora à análise acerca da possibilidade ou não de execução provisória contra a Fazenda Pública apenas para a prática de atos preparatórios, ficando condicionada ao trânsito em julgado tão somente a expedição do precatório ou requisição de pequeno valor.

Cassio Scarpinella Bueno, em trabalho muito elucidativo, demonstrou a divergência existente sobre o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça [MC/6.489/SP e REsp 464.332/SP] e, ao final, defendeu a possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública voltada para a prática de atos preparatórios. Veja-se:

Deixada de lado a questão da patente inconstitucionalidade daquela exigência, o que se constata da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uma interessante discussão quanto à extensão da proibição constitucional da execução provisória. Seria ela a vedação, pura e simples de qualquer ato tendente ao cumprimento provisório (*rectius*, adiantado) do

31 MARINONI; ARENHART, op. cit, p. 406.

julgado ou, apenas e tão-somente, a vedação de atos de satisfação do exequente?

As duas Turmas que compõem a 1ª Seção daquele Tribunal divergem sobre o assunto. A 1ª Turma tende ao entendimento de que a instrumentação da execução é viável, sem agredir o comando constitucional. A 2ª Turma, diferentemente, nega a legitimidade da prática de qualquer ato executivo.

Analisadas estas duas correntes, tendo a me inclinar para aquela que vincula, ao trânsito em julgado, apenas e tão-somente, a satisfação derradeira do exequente. Assim, não viola o texto da Constituição e das leis precitadas, a admissão do início da liquidação da sentença exequenda, que a execução siga com a oposição dos embargos pela Fazenda (CPC, art. 730) bem assim a expedição do precatório, naqueles casos em que ele é exigido ou, ainda, a requisição do pagamento. Até porque este entendimento afina-se à própria razão de ser da execução provisória que não gera, por si só, qualquer risco ou prejuízo para o executado. Por que com relação à fazenda Pública seria diverso?³²

Em sentido semelhante, defendendo a possibilidade da prática de atos preparatórios antes do trânsito em julgado, pode-se citar ainda Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³³, bem como Leonardo Carneiro da Cunha, que entende ser *“possível a execução provisória em face da Fazenda Pública apenas para processamento da demanda executiva. A expedição do precatório é que fica condicionada ao prévio trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento.”*³⁴

Tal entendimento, largamente adotado pela doutrina, fundamenta-se na aplicação mitigada das regras da execução provisória em face da Fazenda Pública, atribuindo maior celeridade e eficiência a um procedimento reconhecidamente lento, fruto das garantias e vedações destinadas à proteção do erário e da isonomia.

Entretanto, em que pese o notório saber jurídico de seus defensores, a corrente doutrinária apresentada acima não parece, salvo melhor juízo, compatível com o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, abaixo transcrito:

³² BUENO, op. cit., p. 63/64.

³³ MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 406/407.

³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 350.

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Verifica-se de plano que o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 impôs vedação mais ampla do que aquela introduzida pela Emenda Constitucional nº 30/2000. Enquanto esta última proíbe apenas a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor antes do trânsito em julgado, o primeiro condiciona o início da execução ao trânsito em julgado da sentença, nas hipóteses que especifica.

E não que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo em comento, tal como alega parte da doutrina pátria. O artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 não foi declarado inconstitucional pela via da ação direta de inconstitucionalidade, sendo amplamente utilizado tanto pelos Tribunais regionais quanto pelos Tribunais Superiores.

Nada impede, portanto, a aplicação do artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 aos processos em curso, o que condiciona, invariavelmente, o início da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Existe, contudo, uma exceção em que se admite a execução provisória contra a Fazenda Pública não apenas para a prática dos atos preparatórios, mas também para a expedição do precatório. Tal ocorre somente quando a execução provisória tiver sido proposta antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 30/2000. Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Execução Provisória contra a fazenda Pública. Ajuizamento Anterior à Emenda Constitucional nº 30/2000. Possibilidade.

[...]

3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ.³⁵

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MC 6.489/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300798956&dt_publicacao=16/06/2003>. Acesso em: 03 abr. 2013.

Referido entendimento justifica-se pelo fato de que antes da Emenda Constitucional nº 30/2000, a Constituição da República não exigia o trânsito em julgado para a expedição do precatório.

Dessa forma, o não acolhimento de uma execução provisória iniciada antes da edição da Emenda Constitucional nº 30/2000 implicaria em violação ao princípio da segurança jurídica e às regras de direito intertemporal.

2.4 Obrigações que não envolvam o pagamento de quantia em dinheiro

Conforme analisado no item 2.5, a execução da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa em face da Fazenda Pública não se submete ao rito especial dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, sendo-lhe conferido o mesmo tratamento aplicado aos particulares, nos termos dos artigos 461 e 461-A do diploma processual civil.

Com base nessa premissa e na inexistência de óbice à execução provisória contra particulares, doutrinadores de peso defendem a livre possibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, abaixo transcrito:

Não é demais ressaltar que todas essas considerações aplicam-se, tão somente, à execução por quantia certa proposta em face da Fazenda Pública, porquanto é nesse tipo de execução que se adota a sistemática do precatório. Em se tratando de outro tipo de execução que não seja destinado ao pagamento de quantia em dinheiro, é óbvio que não se aplica a exigência constitucional do prévio trânsito em julgado, admitindo-se, livremente, a execução provisória³⁶.

Na mesma linha se posicionou Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

De qualquer forma, fazemos a ressalva de que a limitação prevista na Constituição Federal não se aplica, no nosso sentir, às execuções provisórias de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa³⁷.

Realmente, a conclusão alcançada pelos autores supracitados é decorrência lógica do sistema e possui aplicação na maioria dos casos em

³⁶ CUNHA, op. cit., p. 351.

³⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 257.

que a Fazenda Pública for condenada à prestação de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Por outro lado, podem-se imaginar hipóteses em que o cumprimento de uma obrigação de fazer tenha implicações diretamente pecuniárias, como no caso de uma sentença condenatória determinando a inclusão de vantagem pecuniária na folha de pagamento de servidor público.

Apesar de se tratar, literalmente, de uma obrigação de fazer, possui reflexos eminentemente pecuniários, tendo em vista que, a partir de seu cumprimento, ocorrerá o dispêndio mensal de valores pelo ente público condenado, sem que tenha havido o trânsito em julgado da ação ou mesmo a expedição de precatório.

Diante do exposto, seria cabível a execução provisória da obrigação de fazer consistente na inclusão de vantagem pecuniária em folha de pagamento?

Ainda que não haja unanimidade quanto ao tema, parece que o mais correto seja condicionar o cumprimento dessas obrigações de fazer ao trânsito em julgado da ação de conhecimento, oportunidade em que o juiz determinará o cumprimento nos termos do artigo 461 do CPC, antes de dar início à eventual execução por quantia certa.

Tal conclusão, inclusive, é respaldada pelo artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97, segundo o qual a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

Por fim, um último comentário se faz necessário com relação à execução provisória da obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa em face da Fazenda Pública.

Caso, intentada a execução provisória, torne-se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, com a consequente conversão da obrigação em perdas e danos, dever-se-á, a partir daí, ser adotado o procedimento dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual a execução não poderá mais transcorrer pela via provisória, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento.

2.5 Execução provisória nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

A Lei nº 12.153/2009 disciplinou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios,

e dos Municípios, como uma forma de ampliar o acesso à justiça e conferir maior celeridade e eficiência às demandas em que a Fazenda Pública figure como ré, cujo valor não ultrapasse 60 [sessenta] salários mínimos.

Os artigos 12 e 13 do mencionado diploma legal disciplinam, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a execução da obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa e a execução da obrigação de pagar quantia certa:

Antes de adentrar propriamente no tema afeto à possibilidade de execução provisória, importante esclarecer que no sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não há que se falar em execução autônoma, nos termos do artigo 730 do CPC, tal como ocorre na justiça comum.

O procedimento executivo será sempre efetivado por meio de cumprimento de sentença, tal como determinam os artigos 12 e 13 da Lei nº 12.153/2009. Nesse sentido:

Por isso é que, diversamente do que ocorre no Regime do Código de Processo Civil, em que a pretensão executiva dirigida à Fazenda Pública assume a forma de ação autônoma, nos novos Juizados da Fazenda Pública a execução segue modelo semelhante ao previsto para as demais modalidades executivas prevista no código, assumindo, assim, a forma de incidente processual. Destarte, *é impróprio falar em ação de execução quando se tem em vista os Juizados Especiais, inclusive aqueles destinados ao processamento de causas contra a Fazenda Pública*³⁸. (grifo nosso)

E exatamente por isso é vedada a execução fundada em título extrajudicial nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Esclarecido esse ponto, passa-se ao exame do cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Conforme determina o citado artigo 12, o juiz da causa expedirá ofício para o ente público sucumbente, determinando o cumprimento da sentença. Nessa hipótese, aplicam-se, sem ressalvas, os artigos 461 e 461-A, do CPC. Esse é o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha:

Quer isso dizer que, quando se trata de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, não há qualquer regra diferente que afaste o

38 MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 321.

regime geral dos arts. 461 e 461-A do CPC nas demandas propostas em face da Fazenda Pública.³⁹

Assim sendo, da mesma forma que ocorre na justiça comum, no Juizado Especial admite-se a execução provisória contra a Fazenda Pública para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, desde que não decorram implicações diretamente pecuniárias [vide item 3.3].

Por outro lado, com relação ao cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o artigo 13, *caput*, da Lei nº 12.153/2009, é expresso ao afirmar que o pagamento apenas será efetuado após o trânsito em julgado da decisão. Absolutamente vedada, portanto, a execução provisória.

Ao ensejo, é oportuno consignar que o legislador foi explícito ao determinar que o cumprimento das obrigações de pagar pela Fazenda Pública apenas será exigível “após o trânsito em julgado da decisão”(art. 13). Com isso, *o Parlamento afastou a possibilidade de execução provisória de tais comandos, que é mais adequada às imposições de comportamento que não consistam em dispêndio de quantia*, mormente se proveniente do erário, e que, ademais, já era repudiada pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais federais – FONAJEF, como se infere do teto de seu Enunciado nº 35.⁴⁰ (grifo nosso)

Finalmente, vale ressaltar que no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é possível que o cumprimento da obrigação de pagar seja realizado mediante precatório ou requisição de pequeno valor, sendo vedado o fracionamento do valor da execução, tanto para adequação ao limite de valor previsto para o Juizado Especial quanto para adequação ao limite de valor previsto para a expedição de RPV⁴¹.

2.6 Execução provisória no Mandado de Segurança

A sentença proferida em mandado de segurança possui uma peculiaridade com relação demais, qual seja, o seu caráter mandamental.

39 CUNHA, op. cit., p. 765.

40 MADUREIRA; RAMALHO, op. cit., p. 328.

41 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais da Fazenda Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 331.

Isso se deve ao fato do pleito no mandado de segurança consistir na expedição de uma ordem para uma autoridade ou agente público praticar ou se abster de praticar determinado ato.

Uma das consequências do caráter mandamental da sentença proferida no mandado de segurança é a sua executividade imediata, *“ainda que desafiada por recurso próprio, a não ser nas hipóteses em que se veda a concessão de liminar e se exige o prévio trânsito em julgado para o cumprimento”*⁴², nos termos do artigo 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009:

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

[...]

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

Verifica-se, portanto, que no mandado de segurança a regra é a possibilidade de execução provisória, o que por si só já o diferencia do procedimento previsto no artigo 730 do CPC.

Por outro lado, a exceção, consistente na exigência de prévio trânsito em julgado para o início da execução, só se verifica nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar, tal como dispõe o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009:

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

E conforme se verifica no texto do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, é vedada a concessão de liminar [e consequentemente a execução provisória] nos mandados de segurança cujo objeto implique, dentre outras providências, o pagamento de quantia em dinheiro, direta ou indiretamente.

Nesse sentido, especificamente com relação ao pleito de implantação de vantagem em folha de pagamento de servidor público, transcreve-se a lúcida lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

⁴² CUNHA, op. cit., p. 551.

Quer isso dizer que, concedida a segurança para impor o pagamento de diferenças estipendiárias, seu cumprimento será feito a partir do trânsito em julgado. Significa que, a partir do trânsito em julgado, deve ser a vantagem incluída em folha, consistindo em verdadeira obrigação de fazer, caracterizando uma tutela mandamental.⁴³

Em última análise, os artigos 7º, § 2º c/c 14, § 3º da Lei nº 12.016/2009 nada mais fazem do que dar cumprimento ao comando constitucional previsto no artigo 100 da Carta Maior, que veda o pagamento de condenações judiciais antes do trânsito em julgado.

Trata-se de uma proteção ao erário público e ao princípio da isonomia, que se faz necessária mesmo em um procedimento célere e objetivo como o do mandado de segurança.

3 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, buscou-se esclarecer pontos importantes acerca da execução provisória em face da Fazenda Pública, tema muito recorrente no âmbito do Poder Judiciário e de absoluta relevância para os entes públicos e seus órgãos de representação jurídica.

Nesse sentido, foi possível alcançar novas conclusões e sistematizar inúmeras outras já existentes, que serão de grande utilidade para o entendimento e compreensão da matéria.

Partindo de um estudo abrangente tanto da execução provisória contra os particulares quanto da execução definitiva contra a Fazenda Pública, foi demonstrado, dentre outras coisas, que:

- a) a diferença entre a execução definitiva e a execução provisória não reside na completude do procedimento, mas na estabilidade do título. Tratando-se de execução fundada em decisão definitiva transitada em julgado, está-se diante de uma execução definitiva. Tratando-se de execução fundada em decisão passível de alteração, está-se diante de uma execução provisória;
- b) a execução provisória contra os particulares é cabível quando for proferida decisão judicial impugnada por recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Sua instauração

43 CUNHA, op. cit., p. 553.

depende de requerimento do credor e será processada em instrumento próprio. O exequente responderá pelos prejuízos causados ao executado, caso o seu título seja cassado ou alterado, devendo ainda restituir as partes ao estado anterior. Além disso, deve o exequente prestar caução idônea para a prática de atos expropriatórios;

- c) a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública rege-se por regras próprias, cuja finalidade é possibilitar a satisfação do credor sem a utilização das técnicas de constrição e expropriação.;
- d) é vedada a instauração de execução provisória contra a Fazenda Pública, ainda que apenas para a prática de atos preparatórios, tendo em vista que o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97 condiciona, invariavelmente, o início da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ao trânsito em julgado da sentença condenatória;
- e) a princípio, nada impede a execução provisória em face da Fazenda Pública com relação às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Entretanto, quando a obrigação de fazer tiver implicações diretamente pecuniárias, parece que o mais correto seja condicionar o seu cumprimento ao trânsito em julgado da ação de conhecimento, o que se coaduna com o artigo 2º-B da Lei nº 9.494/97;
- f) caso, intentada a execução provisória para cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, torne-se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, com a consequente conversão da obrigação em perdas e danos, dever-se-á, a partir daí, ser adotado o procedimento dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual a execução não poderá mais transcorrer pela via provisória, devendo-se, portanto, aguardar o trânsito em julgado da ação de conhecimento;
- g) no Juizado Especial admite-se a execução provisória contra a Fazenda Pública para o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, desde que não

decorram implicações diretamente pecuniárias. Por outro lado, com relação ao cumprimento da obrigação de pagar quantia certa, o artigo 13, caput, da Lei nº 12.153/2009, é expresso ao afirmar que o pagamento apenas será efetuado após o trânsito em julgado da decisão;

- h) no mandado de segurança a regra é a possibilidade de execução provisória. Por outro lado, a exceção, consistente na exigência de prévio trânsito em julgado para o início da execução, só se verifica nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar. E conforme se verifica no texto do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, é vedada a concessão de liminar [e consequentemente a execução provisória] nos mandados de segurança cujo objeto implique, dentre outras providências, o pagamento de quantia em dinheiro, direta ou indiretamente.

Muitas outras conclusões poderiam ser aqui citadas, no entanto, entendo que estas sejam as mais importantes para os operadores do direito que venham a se deparar com o tema objeto deste estudo.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução Provisória*. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo Carneiro da (organizadores). *Execução Civil (Aspectos Polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2011.

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

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. *Juizados da Fazenda Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Execução Provisória no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006.

O AUXÍLIO DIRETO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

THE DIRECT ASSISTANCE INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION INSTRUMENT

Luiz Carlos de Freitas

Advogado da União.

*Especialista em Direito Administrativo e em Direito Processual Civil. Ponto focal
para demandas na área internacional junto à Procuradoria Regional da União da 3ª
Região-SP/MS*

SUMÁRIO: 1 Da cooperação jurídica internacional e seus instrumentos; 2 Do auxílio direto em matéria civil; 2.1 Do histórico; 2.2 Da nomenclatura adotada e do conceito; 2.3 Da natureza jurídica e de seu elemento delimitador; 2.4 Do amparo constitucional; 2.5 Da regulamentação infraconstitucional; 2.6 Da previsão do auxílio direto em tratados internacionais; 2.7 Da autoridade central e de suas atribuições; 2.8 Das informações básicas que devem constar do pedido de auxílio direto e dos aspectos envolvidos em sua tramitação administrativa; 2.9 Do papel da Advocacia-Geral da União no ajuizamento do pedido de auxílio direto passivo; 3 De aspectos processuais envolvidos na fase judicial do auxílio direto; 3.1 Das condições da ação; 3.2 Da possibilidade jurídica do pedido

e do interesse de agir; 3.3 Da legitimidade *ad causam*: Da legitimidade ativa da União; 3.4 Da competência da Justiça Federal; 3.5 Do procedimento que deve nortear a demanda envolvendo o pedido de auxílio direto; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Neste artigo objetiva-se a análise do instrumento de cooperação jurídica internacional denominado Auxílio Direto. Na Seção 1, inicia-se por uma breve abordagem a respeito dos instrumentos de cooperação jurídica internacional e sua relevância frente ao fenômeno da globalização, a qual ocasiona um maior intercâmbio entre pessoas e instituições de diversos países. Na Seção 2, o foco da análise é o auxílio direto em matéria civil, com o estudo do conceito, denominação, natureza jurídica, previsão constitucional e nos tratados internacionais. Aborda-se também as atribuições da Autoridade Central. Analisa-se, no final da Seção 2, o papel da Advocacia-Geral da União no ajuizamento de pedido de auxílio direto passivo. Por fim, na Seção 3, aborda-se sobre as condições da ação, o procedimento e a competência da Justiça Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio Direto. Cooperação Jurídica Internacional. Projeto de Código de Processo Civil. Condições da Ação. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to analyze The International Legal Cooperation Instrument, named Direct Assistance. The Section 1 starts with a brief approach about The International Legal Cooperation Instruments and their relevance to the phenomenon of globalization, which has been causing an increase of interchanges between institutions and people from many countries. In Section 2, The Direct Assistance, in civil matter, is the main subject, with the study of the concept, the designation, the legal nature, the constitutional provision and in the international agreements. It is approached the attributions of the Central Authority. In the end of Section 2, the role of the Attorney General of the Union is analyzed in the filing request of the passive direct assistance. Ultimately, in Section 3, the Cause of action, the proceedings and the competence of the Federal Justice are approached as well.

KEYWORDS: Direct Assistance. International Legal Cooperation. Bill of Code of Civil Procedure. Cause of Action. Attorney General of the Union.

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de trabalho monográfico desenvolvido ao final do Curso de Especialização em Processo Civil promovido pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em parceria com a Escola Superior da Advocacia-Geral da União, consiste no instrumento de cooperação jurídica internacional denominado auxílio direto.¹

Na delimitação do tema, o foco se concentrou no auxílio direto em matéria civil, sendo o auxílio direto em matéria penal apenas abordado incidentalmente.

Neste artigo chama-se especial atenção para no Projeto de Código de Processo Civil, ora em tramitação na Câmara dos Deputados,² o qual apresenta dispositivos que tratam especificamente da cooperação jurídica internacional e do auxílio direto (artigos 25 a 41).

A Seção 1 apresenta como foco uma abordagem sobre a relevância da cooperação jurídica internacional diante do maior intercâmbio existente entre os países, as instituições e seus cidadãos, bem como é apresentado o conceito desse mecanismo de interação jurídica entre Estados soberanos, com a menção aos instrumentos de cooperação jurídica internacional que possibilitam aos Estados soberanos a colaboração mútua na solução de questões jurídicas e judiciais.

Na Seção 2, o auxílio direto é o tema central, partindo-se de um breve histórico, conceituação, definição da natureza jurídica e o amparo constitucional.

A seguir, detalha-se a chamada fase judicial do mencionado instrumento de cooperação jurídica internacional, analisando-se o papel da Advocacia-Geral da União no ajuizamento de demandas referentes ao pedido de auxílio direto.

Na Seção 3, dedicada à fase judicial do auxílio direto, são analisadas as condições da ação, abrangendo a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Quanto a esta última, aborda-se mais especificamente a legitimidade ativa da União. Em seguida, são tratados os temas da competência da Justiça Federal e aspectos específicos voltados ao procedimento das demandas judiciais envolvendo o pedido de auxílio direto.

1 Para adaptar a exposição do tema tratado na monografia Auxílio Direto – Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional, ao âmbito mais restrito deste artigo, foi preciso sintetizar determinados tópicos e suprimir outros, sendo que a íntegra da mencionada monografia encontra-se depositada nas bibliotecas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e da Escola Superior da Advocacia-Geral da União.

2 Projeto de Código de Processo Civil em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 8046/2010).

1 DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E SEUS INSTRUMENTOS

A circulação internacional de pessoas, bens e serviços no mundo apresentou um considerável aumento com os impactos do fenômeno da globalização,³ ocorrido a partir do final do século XX e início deste século.

Tal elevação no intercâmbio entre os Estados soberanos, seus cidadãos, instituições e corporações apresenta aspectos não apenas econômicos, mas também de cunho tecnológico, social, político, cultural, ambiental e jurídico.

Assim, tendo em vista seus aspectos jurídicos, tal fenômeno trouxe à tona a necessidade de adoção de mecanismos para a solução de pendências judiciais e jurídicas⁴ que apresentam reflexos em mais de um país, sendo que a palavra chave nesta questão é a *colaboração* entre os Estados soberanos.

A colaboração mútua entre os Estados, no âmbito jurídico e jurisdicional, ocorre por meio da cooperação jurídica internacional, a qual visa possibilitar um “intercâmbio amplo entre Estados soberanos, de atos públicos – legislativos, administrativos e judiciais –, e destinada à segurança e estabilidade das relações transnacionais.”⁵

Logo, pode-se conceituar a cooperação jurídica internacional como a colaboração mútua entre Estados soberanos, com vista à prática de atos, de natureza jurídica ou jurisdicional.

Os atos de cooperação jurídica internacional, portanto, são atos jurídicos processuais praticados por determinado Estado soberano a pedido de outro. Podem apresentar natureza jurisdicional, quando o ato a ser praticado depender de manifestação do Poder Judiciário do Estado requerido, ou, então, pode ser de natureza executiva ou legislativa, quando for praticado no âmbito dos demais poderes de Estado.

A cooperação jurídica internacional poderá ser ativa ou passiva.⁶ Será ativa, considerando-se o Estado que pede a colaboração a outro

3 MARTINS, Flávio Alves. Globalização e contemporaneidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.). *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 339-340.

4 A utilização dos termos judiciais e jurídicas decorre do fato de existirem pendências que são solucionadas apenas com o ingresso de medida judicial objetivando a obtenção de um provimento jurisdicional a respeito. Por sua vez, há pendências que, não obstante apresentarem conotação jurídica, não dependem da manifestação do Poder Judiciário para se chegar a uma solução ou para que um Estado soberano venha a atender o pedido de colaboração de outro.

5 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 202-293

6 A classificação da cooperação jurídica internacional ativa e passiva foi acolhida pelo Projeto de Código de Processo Civil em trâmite na Câmara dos Deputados – PL n.º 8046/2010, conforme a redação do “caput” dos artigos 30, 32 e 39.

Estado soberano. Será passiva, considerando-se o Estado que pratica o ato jurídico de cooperação, por meio de um de seus Poderes constituídos, a pedido de outro Estado soberano.

A cooperação jurídica internacional se opera por diversos instrumentos,⁷ quais sejam o auxílio jurídico-administrativo,⁸ a carta rogatória,⁹ a homologação de sentença estrangeira¹⁰ e o auxílio direto.

No Brasil, a maior utilização de tais instrumentos de cooperação jurídica internacional mostra-se clara, inclusive, pela inserção de um capítulo inteiro no Projeto de Código de Processo Civil - CPC, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, que trata da cooperação internacional.¹¹

A seguir, será analisado especificamente o instrumento de cooperação jurídica internacional denominado auxílio direto.

7 Por fugir ao escopo deste artigo, não foi possível a apresentação da análise de cada um dos mencionados instrumentos de cooperação jurídica internacional, a qual foi objeto do Capítulo I da Monografia: Auxílio Direto – Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional.

8 O auxílio jurídico-administrativo consiste no instrumento de cooperação entre Estados soberanos, por meio do qual o Estado requerido atende ao pedido de colaboração jurídica do Estado requerente sem a necessidade da prática de determinado ato perante o Poder Judiciário do Estado requerido. Um exemplo é o pedido de informações por Estado estrangeiro sobre o direito vigente no Brasil com relação a determinado tema. Neste caso, não há a necessidade de manifestação do Poder Judiciário brasileiro, podendo a própria autoridade central brasileira, inclusive com o apoio da Advocacia-Geral da União, fornecer as informações acerca da legislação vigente no território nacional sobre o assunto apresentado no pedido administrativo.

9 A carta rogatória é o instrumento de cooperação jurídica internacional que tem por finalidade o cumprimento, pelo Poder Judiciário do Estado requerido, de ato judicial solicitado pelo Estado requerente. Na carta rogatória, há a necessidade de apreciação pelo juízo rogado, no caso pelo Superior Tribunal de Justiça, da decisão judicial do juízo rogante, objeto da carta rogatória, concedendo-lhe o exequatur. Por meio do exequatur, o STJ decide no sentido de que a carta rogatória preenche os requisitos formais previstos no ordenamento jurídico e não ofende a soberania nacional ou a ordem pública. Portanto, o STJ não adentra no mérito da decisão estrangeira objeto da carta rogatória, mas, apenas, realiza o chamado juízo de delibação. A carta rogatória em matéria civil, com previsão constitucional, está disciplinada no Código de Processo Civil (artigos 200 a 212), na Resolução n.º 9, de 4/5/2005, do Superior Tribunal de Justiça, bem como em tratados multilaterais ou bilaterais, tais como o Protocolo Lás Lenas de 1992, aplicado aos países-membros do Mercosul. No Projeto de Código de Processo Civil, encontra-se nos artigos 205 a 240.

10 A homologação de sentença estrangeira é outro instrumento de cooperação jurídica internacional que exige a manifestação do Poder Judiciário do Estado requerido, para que seja atendido o pedido de colaboração entre Estados soberanos. Assim, para que tenha eficácia determinada sentença estrangeira, é necessária a sua homologação pelo Poder Judiciário do Estado requerido. A competência para a homologação de sentença estrangeira, assim como ocorre na concessão do exequatur às cartas rogatórias, é do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, "i", da Constituição Federal, acrescido pela EC n.º 45/2004). Apresenta regulamentação pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42, artigos 15 e 16), bem como pela Resolução STJ n.º 9/2005.

11 Projeto de Lei – PL n.º 8046/2010: Capítulo II do Livro I – Parte Geral (arts. 25 a 41).

2 DO AUXÍLIO DIRETO EM MATÉRIA CIVIL

2.1 Do Histórico

A cooperação jurídica internacional, em especial diante do grande intercâmbio entre pessoas e instituições dos diversos países, intensificado por conta do fenômeno da globalização, passou a ser realizada por outros instrumentos, além das consagradas carta rogatória e homologação de sentença estrangeira, dentre os quais o auxílio direto.

No âmbito da cooperação jurídica internacional, a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira são os clássicos instrumentos adotados, inclusive com previsão em tratados¹² e nos ordenamentos jurídicos dos diversos países. No Brasil, a carta rogatória é regulamentada desde o período do Império, por meio da edição do Aviso Circular n.º 1, de 1847,¹³ ao passo que a homologação de sentença estrangeira também apresenta regulamentação no País desde o citado período histórico, sendo confiada à época a concessão do *exequatur* aos órgãos jurisdicionais locais, logo, de forma descentralizada, conforme disciplinava o Decreto n.º 6.982/1878, sendo posteriormente fixada pela Lei n.º 221, de 20/11/1894, portanto no período da República, a competência do Supremo Tribunal Federal para a concessão do *exequatur*, perdurando tal competência da Corte Suprema até o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, que a transferiu ao Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

O auxílio direto, por sua vez, comparado à carta rogatória e à homologação de sentença estrangeira, constitui-se em um instrumento relativamente novo, o qual foi moldado pela sua inserção, sob as mais diversas nomenclaturas, em tratados internacionais, para utilização nos casos em que não houvesse a necessidade da adoção especificamente da carta rogatória ou da homologação de sentença estrangeira, como um meio para tornar mais ágil a cooperação jurídica internacional.

12 Adotaremos a referência a tratados internacionais neste trabalho como gênero, abrangendo, portanto, as convenções, os acordos de cooperação, os pactos, os ajustes, os protocolos e os convênios internacionais, salvo se o termo for empregado de modo específico, em referência a determinado tratado internacional.

13 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 301-304.

14 TAKAHASHI PEREIRA, Marcela Harumi. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 36.

Nesse sentido, conforme as ponderações da professora Nadia de Araujo¹⁵, em nosso País a utilização do auxílio direto em matéria civil,¹⁶ como instrumento de cooperação jurídica internacional, ocorreu em especial no âmbito das seguintes Convenções, devidamente ratificadas pelo Brasil: Convenção da Organização das Nações Unidas (Convenção de Nova Iorque) sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, promulgada nos termos do Decreto federal n.º 56.826/65, bem como a Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, promulgada pelo Decreto federal n.º 3.413/2000.

Além das mencionadas Convenções, o auxílio direto também passou a ser previsto em acordos bilaterais¹⁷ firmados pelo Brasil com outros países, os quais estabelecem a possibilidade de sua utilização na realização de comunicação de atos judiciais e para a obtenção de provas. Merecem destaque o Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, na Cidade de Madrid, em 13 de abril de 1989,¹⁸ o Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, na Cidade de Roma, em 17 de outubro de 1989,¹⁹ bem como o Acordo de cooperação em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, na Cidade de Paris, em 28 de maio de 1996.²⁰

15 ARAUJO, Nadia de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n.º 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 94-95.

16 Em matéria penal, a professora Maria Rosa Guimarães Loula afirma que o primeiro tratado a indicar a possibilidade de a cooperação jurídica internacional se efetivar pelo instrumento de auxílio direto, inovando com relação aos clássicos instrumentos da carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira, foi o Acordo de Cooperação Judiciária celebrado entre o Brasil e França, envolvendo matéria penal, na década de 90 do século passado (aprovado pelo Brasil por meio do Decreto federal n.º 3.324/99). Por sua vez, ainda em matéria penal, o auxílio direto restou textualmente previsto no Acordo bilateral sobre cooperação judiciária em matéria penal firmado pelo Brasil com os Estados Unidos da América – EUA, promulgado pelo Decreto n.º 3.810/2001. Este acordo prevê expressamente a não aplicação da carta rogatória na produção de provas para a acusação em matéria penal, bem como que estas provas devem ser produzidas por meio do auxílio direto, “que é o modo mais eficiente e célere, se comparado à carta rogatória.” LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 94-95.

17 Os tratados podem ser bilaterais ou multilaterais, consoante sejam concluídos entre dois ou entre mais países. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 109.

18 Promulgado pelo Decreto federal n.º 166/91.

19 Promulgado pelo Decreto federal n.º 1.476/95.

20 Promulgado pelo Decreto federal n.º 3.598/2000.

Logo, conclui-se que o auxílio direto é efetivamente um instrumento de cooperação jurídica internacional consideravelmente novo se comparado aos clássicos instrumentos da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira.

O caráter incipiente deste instrumento de cooperação jurídica internacional, ao menos no Brasil, mostra-se claro pela própria falta de regulamentação legal,²¹ existindo apenas a sua expressa previsão na Resolução n.º 9/2005 do Superior Tribunal de Justiça, editada ante a alteração da competência constitucional para o processamento e o julgamento da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, oriunda da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Visto o caráter novel da modalidade de cooperação jurídica internacional em estudo, cumpre justificar a terminologia empregada neste artigo a partir de seu título.

2.2 Da Nomenclatura Adotada e Do Conceito

No que tange à nomenclatura do auxílio direto, cumpre observar que a doutrina e os próprios tratados internacionais utilizam denominações diversas para tal instrumento de cooperação jurídica internacional, fazendo menção a pedidos de assistência direta, assistência jurídica, assistência judiciária, auxílio jurídico ou auxílio direto. Entretanto, mostra-se de relevo a uniformização terminológica de determinado instituto jurídico, pois a diversidade da nomenclatura acaba gerando grandes dúvidas e incertezas²²

Nessa linha, os termos pedido de assistência jurídica ou pedido de assistência judiciária, não se mostram os mais adequados, tendo em vista a semelhança com a referência na legislação brasileira à assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, nos termos previstos no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, na Lei n.º 1.060/50, dentre outras normas que tratam do tema. Ademais, no âmbito do direito internacional, há tratados que disciplinam especificamente sobre a prestação pelos Estados-partes de assistência judiciária ou jurídica gratuita aos cidadãos de outro Estado-parte, a exemplo do Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República

21 Há uma grande expectativa dos operadores do Direito que tratam com a matéria, acerca da efetiva regulamentação do Auxílio Direto nos termos previstos no novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal (PLS n.º 166/2010), ora em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 8046/2010).

22 LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 127.

do Chile, assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000.²³ Para demonstrar cabalmente que tais nomenclaturas não são adequadas a identificar o instrumento de auxílio direto, reporte-se à Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a qual apresenta tanto disposições a respeito da utilização do instrumento do auxílio direto (ingresso de medida judicial pelo Estado requerido, perante o Poder Judiciário local, com vista ao célere retorno da criança transferida ou retida ilicitamente, ou então para regular o direito de visita) como acerca da assistência judiciária ou jurídica.²⁴

A nomenclatura formada pelas palavras *auxílio* e *direto* se mostra mais adequada, pois ambas expressam as duas características essenciais desta forma de cooperação jurídica internacional: trata-se de um *pedido* de colaboração formulado por um Estado soberano a outro, a ser efetivado *diretamente* perante o Poder Judiciário do Estado requerido.

Assim, diante da importância em se uniformizar a referência ao instituto em tela, opta-se neste artigo pela nomenclatura *Auxílio Direto*, a qual, inclusive, foi empregada pela Resolução n.º 09, de 04 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 7º, parágrafo único,²⁵ e no Projeto de Código de Processo Civil em tramitação atualmente na Câmara dos Deputados,²⁶ assim como no Anteprojeto

23 Promulgado pelo Decreto federal n.º 6.679/2008.

24 Art. 7º. As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: [...]

f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;

g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado.

25 Art. 7º. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos aos Ministérios da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

26 Os integrantes da Comissão de Juristas nomeada pelo Ato do Presidente do Senado Federal (Ato n.º 379/2009), presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, adotaram a nomenclatura Auxílio Direto no artigo 26 do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, sendo mantida a mesma denominação com a sua aprovação no Senado Federal (PLS 166/2010), conforme consta do artigo 27, inciso III e parágrafo único, bem como no Projeto atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 8046/10).

de Lei da Cooperação Jurídica Internacional, elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Ministro de Estado da Justiça em 2004.²⁷

Ao pesquisar sobre o conceito de auxílio direto, como ponto de partida para o detalhamento dos seus elementos e de sua natureza jurídica, encontramos a menção a determinadas características deste instrumento de cooperação jurídica internacional, especialmente em confronto com a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira. Nesse sentido, Maria Rosa Loula, no tópico sobre a conceituação do auxílio direto, em sua obra específica sobre o tema, aponta que “trataremos de sua conceituação e das semelhanças e diferenças entre ele, a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira.”²⁸ Por sua vez, Marcela Harumi Takahashi Pereira, ao conceituar auxílio direto, parte de sua diferença com relação à carta rogatória:

Diferencia-se o auxílio direto da carta rogatória: enquanto esta é um instrumento de cooperação entre judiciários (ou entre o Judiciário brasileiro e uma instituição estrangeira no exercício de funções que, no Brasil, são judiciais), aquele pressupõe a intervenção de terceiro ator, que colabore por conta própria ou provoque a prestação jurisdicional em prol do país auxiliado.²⁹

O Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, 30 por seu turno, ao conceituar o auxílio direto o faz como “uma modalidade de cooperação jurídica internacional que tem por objeto a solicitação de determinados atos que não ensejam juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça.”³¹

27 A Comissão de Juristas foi designada pela Portaria n.º 2.199, de 10 de agosto de 2004, do Ministro de Estado da Justiça, publicada no DOU de 17 de agosto de 2004.

28 LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 94.

29 TAKAHASHI PEREIRA, Marcela Harumi. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 21.

30 BRASIL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 3. ed. Brasília: 2012. p. 472.

31 O mesmo conceito, em linhas gerais, se encontra no artigo 2º, inciso I, da Portaria Interministerial n.º 501, de 21/3/2012, dos Ministros de Estado da Justiça e das Relações Exteriores, que trata do trâmite de cartas rogatórias e pedidos de auxílio direto:

“Art. 2º. Para os fins da presente Portaria, considera-se:

I – pedido de auxílio direto passivo, o pedido de cooperação jurídica internacional que não enseja juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Resolução STJ n.º 9, de 04 de maio de 2005;”.

Por sua vez, a professora Nadia de Araujo apresenta um conceito de auxílio direto que engloba os elementos característicos deste instrumento de cooperação jurídica internacional:

Podemos definir o auxílio direto, perante o nosso sistema jurídico, como a cooperação prestada pela autoridade nacional à demanda externa encaminhada por meio da autoridade central brasileira. O pedido é concebido e analisado como uma diligência originariamente a cargo da jurisdição nacional.³²

Com base nos elementos trazidos pelos conceitos apresentados pela doutrina, é possível formular a seguinte definição do instituto em tela: Auxílio Direto consiste no instrumento de cooperação jurídica internacional, por meio do qual um Estado soberano ingressa diretamente no Poder Judiciário que o integra com determinada demanda judicial com vista ao atendimento a pedido de colaboração, via de regra amparado em tratado, 33 apresentado por outro Estado soberano.

Após a análise do conceito de auxílio direto, no próximo item será abordada a sua natureza jurídica e o seu elemento delimitador.

2.3 Da Natureza Jurídica e De Seu Elemento Delimitador

A definição da natureza jurídica de um instituto, segundo José de Oliveira Ascensão, passa pela identificação da categoria jurídica em que o mesmo se enquadra.³⁴

O auxílio direto, assim como a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira são instrumentos por meio dos quais se efetiva a cooperação jurídica internacional.

Assim, analisando-se o auxílio direto a partir de sua finalidade, consistente em concretizar a cooperação jurídica internacional, poder-se-ia

32 ARAUJO, Nadia de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça*: comentários à Resolução n.º 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 94.

33 A definição de tratado não é precisa na doutrina e na prática internacional, conforme alerta feito pela eminente doutrinadora de Direito Internacional Nadia de Araujo, motivo pelo qual ponderou a professora que um campo seguro é a utilização da definição de tratado prevista no artigo 1º, alínea “a” da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Viena, de 1969), nos seguintes termos: “a) tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica.” ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 145-146.

34 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Rubens Limongi França. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1980, verbete Natureza Jurídica, p. 95-96.

apontar ser o mesmo um ato de cooperação jurídica internacional, em que um país solicita a outro que adote determinada medida judicial, diretamente perante o Poder Judiciário do Estado requerido, com vista à solução de um problema jurídico enfrentado no âmbito do Estado requerente.

Caso a análise do auxílio direto seja feita a partir de sua tramitação, por certo o pedido de cooperação jurídica internacional se dá por intermédio das autoridades centrais de ambos os países, sendo realizada a apreciação quanto ao cabimento do pedido pela autoridade central do Estado requerido, bem como a sua devida instrução documental, com vista ao encaminhamento à instituição competente para o ingresso da medida judicial cabível. Sob o viés de tal trâmite administrativo, o pedido de auxílio direto poderia ser enquadrado como procedimento administrativo. Contudo, o auxílio direto em si apresenta outra natureza.

A natureza jurídica do auxílio direto é eminentemente de direito processual, pois se efetiva e se concretiza por meio do processo judicial. No âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria civil, por um dos procedimentos previstos no Código de Processo Civil em vigor, tais como os procedimentos ordinário, de execução, cautelar ou especial. Caso seja aprovado o Projeto de Código de Processo Civil em trâmite atualmente na Câmara dos Deputados,³⁵ o pedido poderá se efetivar pelo procedimento especial especificamente definido para o auxílio direto, nos termos dos artigos 34 a 41, todos do Projeto do novo CPC, salvo se o instrumento de cooperação jurídica internacional em tela se efetivar por meio de demanda judicial em que seja previsto procedimento específico, conforme dispõe o artigo 40, parágrafo único, do aludido Projeto.³⁶

Com efeito, o processo é o instrumento por meio do qual são exercidas as funções estatais. Assim, as funções executiva, legislativa e jurisdicional, exercidas respectivamente pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, se instrumentalizam por meio do processo. Nessa linha, há os processos administrativo, legislativo e jurisdicional. Conforme visto, quando analisada a tramitação do pedido de cooperação jurídica internacional formulado por um Estado soberano a outro, verifica-se que a mesma ocorre por meio de um processo administrativo. Entretanto, somente por meio de processo judicial ocorre a efetivação de tal pedido de cooperação quando o instrumento adotado for o

35 Projeto de Lei n.º 8.046/2010.

36 Art. 40. Se houver parte interessada, será ela citada para, no prazo de quinze dias, manifestar sobre o auxílio direto solicitado.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput se o pedido de auxílio direto demandar ação em que haja procedimento específico.

auxílio direto. Logo, a sua natureza jurídica é eminentemente de direito processual.

Uma vez que a abordagem em questão fez alusão a processo e procedimento, cumpre analisar alguns aspectos de tais institutos, pois os mesmos terão reflexos no estudo do auxílio direto.

O processo judicial tem por objetivo permitir o exercício da jurisdição. Nesse sentido, o professor Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição.”³⁷

O processo judicial, segundo a doutrina prevalente, constitui-se de uma relação jurídica processual (a qual se distingue da relação jurídica de direito material), de caráter público, por meio da qual, perante o Estado-juiz, as partes exercem poderes, direitos e faculdades, bem como os correspondentes deveres, obrigações, sujeições e ônus.³⁸

Uma vez que o processo judicial apresenta a natureza de relação jurídica processual, e tendo em vista que a natureza jurídica do auxílio direto é de direito processual, pois o mesmo se concretiza por meio de um processo judicial, mostra-se de rigor localizar os sujeitos que integram a relação jurídica processual do auxílio direto. Para tanto, partindo-se de um pedido de cooperação jurídica internacional por meio de auxílio direto passivo, em que outro Estado soberano requer ao Estado brasileiro a colaboração com vista à adoção de determinadas providências perante o Poder Judiciário brasileiro, verifica-se que a parte requerente da medida judicial será o Estado brasileiro, que se apresenta em juízo pelo seu ente federativo *União*, por intermédio da Advocacia-Geral da União, sendo parte requerida a pessoa em face de quem for deduzida a pretensão, apresentando-se como terceiro sujeito dessa relação jurídica processual o Estado-juiz, por meio de um juiz federal, consoante a competência definida no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, nos termos da qual se objetiva o provimento jurisdicional que tornará eficaz a cooperação jurídica internacional.

Visto o enquadramento do auxílio direto no processo judicial, e mais precisamente na relação jurídica processual, cumpre fazer a interface com o procedimento.

A rigor, procedimento é o meio pelo qual se desenvolve o processo. Nesse sentido, é possível em um mesmo processo haver mais de um procedimento. Este é um importante elemento da distinção entre processo e procedimento.

37 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 477.

38 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 300.

Para Humberto Theodoro Júnior, enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas modalidades.³⁹ Logo, o procedimento é sinônimo de rito do processo, ou seja, o modo e a forma como transcorre o processo.

O Projeto de Código de Processo Civil, em seu artigo 27, parágrafo único, ao apresentar uma proposta de regulamentação do auxílio direto, trata tal instrumento de cooperação jurídica internacional como um procedimento, nos seguintes termos:

Art. 27. Os pedidos de cooperação jurídica internacional serão executados por meio de:

I – carta rogatória;

II – homologação de sentença estrangeira; e

III – auxílio direto.

Parágrafo único. Quando a cooperação não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto. (Destaque do subscritor)

A rigor, o auxílio direto, que se concretiza pelo processo judicial, como visto anteriormente, pode se dar por meio de diversos procedimentos judiciais; procedimento ordinário (por exemplo, no caso de a cooperação envolver o cumprimento da Convenção da Haia sobre os aspectos civis relativos ao sequestro internacional de criança, mediante o ingresso com demanda judicial com pedidos de busca, apreensão e restituição de uma criança ilicitamente trazida ou retida ao Brasil), procedimento cautelar (por exemplo, no caso de a cooperação envolver a produção de provas, com risco de perecimento), ou, ainda, procedimento de execução (por exemplo, quando envolver a execução de acordo judicial firmado em processo judicial com trâmite perante a Justiça Federal e homologado pelo juízo federal competente).

Com a identificação do auxílio direto como um instrumento que se aplica através do processo judicial, por um dos procedimentos do direito de processo civil, cumpre agora apontar qual é o seu elemento

39 THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 374.

delimitador, ou seja, aquele que o distingue dos demais instrumentos de cooperação jurídica internacional, possibilitando ao operador do Direito, com a maior clareza possível, identificá-lo como o mais apropriado para a efetivação de determinada cooperação jurídica internacional.

O elemento delimitador do auxílio direto consiste em se efetivar por meio de uma demanda movida perante o Poder Judiciário que integra a estrutura estatal do Estado requerido. Logo, a decisão judicial a ser proferida sobre a questão apresentada será interna. Não há sentença ou decisão judicial de Poder Judiciário estrangeiro a ser cumprida pelo Poder Judiciário do Estado requerido. Este é o elemento que caracteriza o auxílio direto, bem como que o diferencia essencialmente da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira.

Cumpra frisar que o fato de a demanda judicial representativa do auxílio direto ser originariamente proposta perante o Poder Judiciário do Estado requerido, analisando-se este instituto sob a ótica das regras constitucionais envolvendo a cooperação jurídica internacional, verifica-se não ser em absoluto aplicável a exigência de prévia homologação ou realização do chamado juízo de delibação⁴⁰ pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal), pois não há sentença ou decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário de outro país a ser cumprida no Brasil, mas sim um pedido de colaboração de um Estado soberano dirigida ao Estado brasileiro, a qual se efetiva pelo ingresso com medida judicial perante o Poder Judiciário nacional.

Constituem-se em exemplos de realização de cooperação jurídica internacional, por meio do auxílio direto: a) o ingresso pela União com demanda judicial pleiteando a busca, apreensão e restituição de criança ilicitamente transferida para o território nacional ou nele retida indevidamente;⁴¹ b) o ingresso pela União de demanda judicial pleiteando a realização de intimação judicial de pessoa que se encontra no Brasil, a respeito de determinado ato judicial alusivo a processo judicial em trâmite perante o Poder Judiciário do Estado requerente, tais como a designação de audiência, o acompanhamento de perícia judicial, dentre outros atos judiciais.⁴²

40 O juízo de delibação consiste na apreciação pelo STJ apenas dos aspectos formais da decisão ou da sentença estrangeira, abrangendo os seus aspectos formais, bem como se a mesma não ofende a ordem pública.

41 Com fundamento na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto federal n.º 3.413/2000.

42 Com esteio no Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, na Cidade de Madrid, em 13 de abril de 1989; no Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, na Cidade de Roma, em 17 de outubro de 1989; ou no Acordo de cooperação em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, na Cidade de Paris, em 28 de maio de 1996.

2.4 Do Amparo Constitucional

O auxílio direto, como instrumento de cooperação jurídica internacional, não está nominalmente mencionado na Constituição Federal, todavia, apresenta claro e inequívoco amparo constitucional.

A Constituição Federal, em seus artigos 105, inciso I, alínea i, e 109, inciso X, faz expressa menção a dois outros instrumentos de cooperação jurídica internacional (carta rogatória e homologação de sentença estrangeira), mas não ao auxílio direto. A ausência de tal menção expressa decorre do fato de o mesmo se constituir em um instrumento de cooperação jurídica internacional que se processa, mediante o ingresso com demanda judicial, perante o próprio Poder Judiciário brasileiro, logo, não exige o juízo de delibação ou a expedição do *exequatur* com relação a decisão ou sentença estrangeira.

Assim, por representar uma demanda judicial proposta originariamente no âmbito da Justiça brasileira, e não um pedido de cumprimento de sentença ou de decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário de outro país, não caberia mesmo a referência expressa ao auxílio direto na Constituição Federal.

Nesse sentido, Maria Rosa Guimarães Loula defende a constitucionalidade do auxílio direto não obstante o legislador constituinte, originário ou derivado, ter feito menção apenas à carta rogatória e à homologação de sentença estrangeira na Constituição da República:

Cabe reiterar que nem todos os institutos do Direito Processual têm sede constitucional. Aliás, a grande minoria tem sede constitucional e podemos afirmar, sem medo, que não deveriam ter estatura constitucional. Porém, conforme exposto, o que se investiga aqui é a adequação do auxílio direto com a ordem constitucional, ou melhor, com a axiologia da nossa Constituição. *Já podemos adiantar nossa visão acerca do instituto e afirmar que ele é perfeitamente constitucional, apesar de não estar expreso no texto constitucional.* (Destaque não constantes do original)

Logo, por efetivar a cooperação jurídica internacional mediante uma demanda proposta originariamente perante o Poder Judiciário brasileiro, seguindo o procedimento definido pela legislação processual interna do País, não precisaria mesmo haver menção expressa no Texto Constitucional ao auxílio direto, todavia, o amparo constitucional está presente.

Nessa linha, o auxílio direto, por ser um instrumento que possibilita às pessoas uma via célere e simplificada, na medida do possível, de solução de pendências judiciais que muitas das vezes envolvem inclusive direitos

fundamentais, encontra amparo no artigo 4º, inciso IX, e parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Pode-se afirmar que vai ao encontro do dispositivo constitucional em tela a adoção de medidas judiciais pela União, por meio de auxílio direto, para os casos em que não forem aplicadas as exigências constitucionais da carta rogatória ou da homologação de sentença estrangeira, pois o Estado brasileiro, ao assim conduzir as suas relações internacionais, atua na preservação e na garantia de direitos humanos e de direitos fundamentais.

Logo, verifica-se o auxílio direto na cobrança de alimentos no exterior, nos termos da Convenção de Nova Iorque sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, um instrumento de proteção ao direito à vida, representado no direito à subsistência digna. O direito à vida também é o foco de proteção, no auxílio direto por meio da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Convenção da Cidade do México de 1994).

Depreende-se, por seu turno, como um relevantíssimo instrumento de proteção dos direitos fundamentais da criança, o auxílio direto por meio de medidas judiciais com o objetivo de se restituir a criança ilegalmente subtraída do local de sua residência habitual ou retida ilicitamente fora dele, nos termos da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

Por sua vez, o direito fundamental à prestação jurisdicional e à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, bem como aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, encontra um importante instrumento para a sua efetivação no auxílio direto, na realização de comunicação e intimação de atos judiciais alusivos a processos judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário do

Estado requerente. Exemplifica-se com a designação de audiência, o acompanhamento de perícia judicial, dentre outros atos, conforme previsão existente no Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Brasil e a Espanha, em 13 de abril de 1989, no Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre o Brasil e a Itália, em 17 de outubro de 1989, e no Acordo de cooperação em matéria civil firmado entre o Brasil e a França, em 28 de maio de 1996.

Portanto, o auxílio direto encontra amparo no art. 4º, inciso IX, e parágrafo único, da Constituição Federal, além de se constituir em um instrumento de cooperação jurídica constitucional voltado à garantia de direitos humanos e direitos fundamentais da pessoa humana.

Ademais, o art. 21, inciso I, da Constituição da República, estabelece que compete ao ente federativo União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”, sendo os tratados, dentre outros atos internacionais, que estabelecem o mecanismo da cooperação jurídica internacional pelo auxílio direto, fruto do exercício de tal competência constitucional.

Com vista a atingir as diretrizes previstas no art. 4º, inciso IX e parágrafo único, da Constituição da República, a União mantém relações com Estados estrangeiros e participa de organizações internacionais, celebrando e promulgando, através do Presidente da República, tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, da CF), sujeitos ao referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF).

O professor de direito constitucional e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso traz a seguinte sequência de atos praticados para a entrada em vigor de um tratado internacional:

Na tradição nacional, a entrada em vigor de um tratado obedece à seguinte sequência: assinatura pelo Presidente da República ou seu representante; aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo; ratificação junto ao Estado ou organismo internacional respectivo; promulgação, mediante decreto do Poder Executivo, com publicação na imprensa oficial.⁴³

Logo, o auxílio direto é previsto em tratados e convenções internacionais celebrados e promulgados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, segundo as regras constitucionais

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 476, nota 2 ao inciso I do artigo 49.

que disciplinam a incorporação de tais normas internacionais ao ordenamento jurídico pátrio.

Por sua vez, o auxílio direto se concretiza por meio de uma demanda movida pela União perante a Justiça Federal, seguindo o procedimento aplicável ao caso, conforme disciplinado na legislação brasileira, logo, está amparado pelas garantias constitucionais do direito de ação e do acesso à justiça, previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ademais, o auxílio direto também vai ao encontro do princípio constitucional da duração razoável do processo e da celeridade em sua tramitação, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, pois representa um instrumento que possibilita, com maior rapidez, a adoção de providências no exterior, tais como a realização de intimações, notificações, produção de prova pericial, dentre outras, necessárias ao regular andamento dos processos judiciais e administrativos. Márcio Mateus Barbosa Júnior, ao analisar a correlação entre o princípio constitucional da duração razoável do processo e o auxílio direto, concluiu:

Diante do quadro, defendemos, como fundamental, a aplicação e o aperfeiçoamento do auxílio direto que propicia a concretização da cooperação jurídica internacional e nacional de maneira célere e mais eficiente possível, a fim de viabilizar a tal almejada duração razoável do processo.⁴⁴

Conclui-se, portanto, que o auxílio direto, como instrumento para a efetivação da cooperação jurídica internacional, apresenta pleno amparo constitucional.

2.5 Da Regulamentação Infraconstitucional

A análise deste tema deve partir da previsão do instrumento de auxílio direto em tratados internacionais.⁴⁵ De acordo com o artigo 1º, alínea “a”, da Convenção da ONU sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Viena - 1969), tratado significa “um acordo internacional celebrado

⁴⁴ BARBOSA JUNIOR, Márcio Mateus. *O auxílio direto como meio de efetividade do direito à razoável duração do processo*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, XIV, n.º 92, 2011. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁴⁵ Conforme mencionado anteriormente, adotamos a referência a tratados internacionais neste trabalho como gênero, abrangendo, portanto, as convenções, os acordos de cooperação, os pactos, os ajustes, os protocolos e os convênios internacionais.

entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica.”

Nesse sentido, o auxílio direto, como instrumento de cooperação jurídica internacional, é previsto em diversos tratados e convenções internacionais, tais como a Convenção de Nova Iorque sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Convenção da Cidade do México - 1994), a Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, o Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Brasil e a Espanha, em 13 de abril de 1989, o Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre o Brasil e a Itália, em 17 de outubro de 1989, e o Acordo de cooperação em matéria civil firmado entre o Brasil e a França, em 28 de maio de 1996, dentre outros.

Sem adentrar especificamente no tema das teorias sobre as relações e a prevalência entre as normas internacionais e as normas internas de determinado país,⁴⁶ pois não está inserido no escopo do presente artigo, pode-se apontar de plano que os tratados internacionais, devidamente firmados e ratificados pelo Presidente da República e aprovados Congresso Nacional, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais, salvo na hipótese do §3º do artigo 5º da Constituição da República,⁴⁷ introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, em que está previsto que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, as regras previstas em tratados internacionais apresentam força normativa no ordenamento jurídico nacional,⁴⁸ sendo possível afirmar-se que a regulamentação do auxílio direto encontra-se também

46 Sobre o conflito entre fontes internacional e interna de normas e as teorias monista e dualista, reportamo-nos ao estudo da lavra do professor Jacob Dolinger, constante da seguinte obra: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243-247.

47 Art. 5º. [..]

§º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

48 STF: ADI-MC/DF 1.480-3 – Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ18/5/2001.

STF: HC 96772/SP- Habeas Corpus, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 21/8/2009.

nos tratados internacionais que estabelecem tal instrumento de cooperação jurídica internacional.

Cumpre observar, contudo, que para manejar o auxílio direto não é obrigatório que conste a sua previsão em tratados internacionais, pois também é possível que o mesmo se fundamente em *regra de reciprocidade*, manifestada por via diplomática, entre o Brasil e o Estado-requerente. Mas, certamente, a previsão em tratado é a forma mais usual e eficaz de utilização do auxílio direto.

Além da regulamentação nos próprios tratados, há no ordenamento jurídico infraconstitucional a menção expressa ao auxílio direto no artigo 7º, parágrafo único, da Resolução n.º 9, de 4 de maio de 2005, do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, editada ante a alteração da competência constitucional para o processamento e o julgamento da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, oriunda da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Estabelece o citado dispositivo da Resolução n.º 9/2005 do STJ que:

Art. 7º. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Parte da doutrina aponta que a ausência de regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro sobre o auxílio direto, constando apenas a previsão do citado dispositivo na Resolução STJ n.º 9/2005, levaria à conclusão de falta de amparo legal para a sua utilização. Nesse sentido, Marcela Harumi Takahashi Pereira afirma ser necessária lei específica para regular o auxílio direto, não se admitindo apenas a “genérica” menção prevista no artigo 7º, parágrafo único, da Resolução STJ n.º 9/2005:

Em síntese, o auxílio direto será legítimo em todas as vezes nas quais a lei o permitir, pois a Constituição não o obsta; sem lei específica, contudo, não deverá ser aceito com base na previsão genérica do parágrafo único do art. 7º da Resolução 9 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça

– a resolução não poderia inovar em matéria processual, haja vista a reserva constitucional de lei federal (art. 22, I, da CR).⁴⁹

Quanto à primeira colocação feita pela eminente jurista, no sentido de a Constituição Federal amparar o auxílio direto, a nossa concordância é plena, todavia, discordamos da segunda abordagem, no sentido de que “sem lei específica, contudo, não deverá ser aceito (o auxílio direto) com base na previsão genérica do parágrafo único do art. 7º da Resolução n.º 9 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça.”⁵⁰, apontando a autora que “a resolução não poderia inovar em matéria processual, haja vista a reserva constitucional de lei federal (art. 22, I, da CR)”.⁵¹

Com efeito, nos termos mencionados anteriormente, o auxílio direto está previsto em tratados internacionais que estabelecem tal forma de cooperação jurídica internacional, os quais, caso devidamente firmados e promulgados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso Nacional, nos termos definidos pela Constituição Federal, tornam-se normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Por seu turno, o auxílio direto se efetiva por meio de demandas judiciais, proposta perante o Poder Judiciário brasileiro (Justiça Federal), seguindo-se os procedimentos definidos pela legislação processual civil brasileira.

Assim, já existe a devida regulamentação normativa do auxílio direto, consistente nas normas processuais que regem as demandas propostas perante o Poder Judiciário brasileiro, no cumprimento da cooperação jurídica internacional por meio de tal instrumento. Nessa linha, a previsão contida no parágrafo único do artigo 7º da Resolução n.º 9/2005 do STJ não se constitui na regulamentação do auxílio direto, no entender dessa corrente doutrinária, feita em caráter genérico e ao arrepio da Constituição Federal, por disciplinar matéria processual, de competência privativa da União (CF, artigo 22, I).

Ora, a Resolução STJ n.º 9/2005, a rigor, detalha, no limite da competência da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, os trâmites envolvidos no encaminhamento de pedidos de cooperação jurídica internacional que são submetidos diretamente à apreciação da referida Corte Superior de Justiça, na forma de carta rogatória, mas que, em realidade, digam respeito a pedido de auxílio direto. Neste caso, restou detalhada na citada Resolução a remessa ou devolução de pedidos dessa natureza ao Ministério da Justiça (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI).

49 TAKAHASHI PEREIRA, Marcela Harumi. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 29-30.

50 Ibidem, p. 29.

51 Ibidem, p. 30.

Conclui-se, destarte, que tal dispositivo não “regulamenta” o auxílio direto, pois a sua regulamentação consta de tratados internacionais, da regra de reciprocidade existente entre Estados soberanos, bem como, em sua efetivação por meio do ingresso de demandas judiciais perante o Poder Judiciário brasileiro, das próprias normas de direito processual que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Agora, não obstante haver a necessária previsão legal para a utilização pelo Estado brasileiro (na pessoa de direito público interno União) do auxílio direto, com vista a efetivar a cooperação jurídica internacional, será um grande avanço a adoção de uma regulamentação uniforme deste instrumento, mas, frise-se, tal regulamentação uniforme não é condição para a sua válida utilização.

Nessa linha, uma comissão de juristas nomeada em 2004 pelo Ministro de Estado da Justiça elaborou o Anteprojeto de Lei da Cooperação Jurídica Internacional, disciplinando sobre o auxílio direto⁵², bem como, posteriormente, foram inseridos dispositivos específicos sobre o auxílio direto no Projeto de Código de Processo Civil (arts. 34 a 41), aprovado pelo Senado Federal (PLS n.º 166/2010), ora em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 8046/2010).

Por certo, há uma grande expectativa dos operadores do Direito que lidam com o auxílio direto, acerca de sua efetiva regulamentação uniforme, nos termos previstos no citado Projeto de novo Código de Processo Civil, contudo, conclui-se que não há a necessidade de que o citado Projeto seja aprovado, sancionado e entre em vigor, após o período de *vacatio legis* que vier a ser nele previsto,⁵³ para que se utilize validamente este instrumento.

2.6 Da Previsão do Auxílio Direto em Tratados Internacionais

Conforme mencionado no item anterior, uma vez que a previsão do auxílio direto em tratados internacionais corresponde a relevante fonte de sua aplicação nos casos concretos, mostra-se importante mencionar os principais atos normativos internacionais firmados pelo Brasil que apresentam o auxílio direto como instrumento de cooperação jurídica internacional.

52 A Comissão de Juristas foi designada pela Portaria n.º 2.199, de 10 de agosto de 2004, do Ministro de Estado da Justiça, publicada no DOU de 17 de agosto de 2004.

53 O citado Projeto de Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 999 - Ato das Disposições Finais e Transitórias -, a seguinte regra de *vacatio legis*: “Art. 999. Este Código entra em vigor decorrido um ano da data de sua publicação oficial.”

Nessa linha, a professora Nadia de Araujo⁵⁴ observa que no Brasil a utilização do auxílio direto em matéria civil, como instrumento de cooperação jurídica internacional, ocorreu em especial no âmbito das seguintes convenções internacionais:

- a) Convenção da Organização das Nações Unidas – Nova Iorque sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto federal n.º 56.826/65, a qual objetiva facilitar a uma pessoa, que resida no território de um dos Estados contratante, em sua pretensão de obter alimentos de outra pessoa, que se encontra no território de outro Estado contratante. Nos termos da citada Convenção, a parte interessada poderá demandar pela condenação do alimentante tanto perante o Poder Judiciário de seu país, requerendo posteriormente a homologação da sentença estrangeira perante o Poder Judiciário do Estado em que resida o alimentante, com vista à sua execução, assim como, por meio de auxílio direto, pleiteando ao Estado contratante da Convenção de Nova Iorque que ingresse com medida judicial diretamente perante Poder Judiciário local, objetivando a condenação do alimentante na obrigação de prestar alimentos à requerente. No Brasil, a autoridade central especificamente designada para os termos da referida Convenção é a Procuradoria-Geral da República, competindo ao Ministério Público Federal ingressar perante o Poder Judiciário brasileiro com medida judicial para a cobrança de pensão alimentícia em favor do alimentando que reside em um dos demais Estados contratantes.⁵⁵
- b) Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto federal n.º 3.413/2000. A Convenção em tela estabelece instrumentos de auxílio direto entre os Estados-partes,⁵⁶ com vista ao retorno da criança ao local de sua residência habitual, do qual

54 ARAUJO, Nadia de. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução n.º 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 94-95.

55 Para consulta à relação completa de Estados-partes, reportamo-nos ao Quadro demonstrativo da Convenção de Nova Iorque sobre a prestação de alimentos no estrangeiro constante do Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação em Matéria Civil, do Departamento de Recuperação de Ativos e Coordenação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça. 3. ed. Brasília: 2012. p. 274.

56 A relação completa de Estados-partes consta do Quadro demonstrativo da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças constante do referido Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação em Matéria Civil, do Departamento de Recuperação de Ativos e Coordenação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça. 3. ed. Brasília: 2012. p. 275.

a mesma tenha sido ilicitamente transferida ou esteja ilegalmente retida em outro dos Estados-signatários da Convenção. Trata a Convenção da Haia também da proteção aos direitos de guarda e visitação. A autoridade central brasileira para a âmbito da Convenção da Haia é a Secretaria Especial de Direitos Humanos – SDH, conforme designação realizada pelo Decreto federal n.º 3.951/2001, cabendo à Advocacia-Geral da União a representação da União em juízo nas demandas que visam à efetivação da cooperação jurídica internacional para as questões envolvendo a Convenção da Haia, mediante o instrumento de auxílio direto, consistente no ingresso perante o Poder Judiciário brasileiro com ações de busca, apreensão e restituição de crianças, além de demandas envolvendo a regulamentação do direito de visita.

Além das mencionadas convenções, cumpre citar os seguintes tratados multilaterais em matéria civil, ratificados pelo Brasil, que adotam também o auxílio direto como instrumento de efetivação da cooperação jurídica internacional:⁵⁷

- Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção da Haia de 1993);⁵⁸
- Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores (Convenção de Montevidéu de 1989);⁵⁹
- Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (Convenção de Montevidéu de 1989);⁶⁰

57 No rol acima transcrito somente foram mencionados os tratados multilaterais, ratificados e promulgados pelo Brasil, que trazem a possibilidade de utilização do auxílio direto em matéria civil como instrumento de cooperação jurídica internacional. Não foram mencionados, portanto, os tratados que disciplinam sobre a cooperação jurídica internacional envolvendo os trâmites de cartas rogatórias e de homologação de sentença estrangeira, bem como a assistência ou cooperação judiciária alusiva ao fornecimento de informações sobre o andamento de processo judicial ou sobre a legislação ou o alcance do direito do Estado requerido, pois em tais casos não se está diante do pedido de auxílio direto que venha a ensejar o ingresso de demanda judicial diretamente no Estado requerido, objeto do foco de análise central deste trabalho.

58 Promulgada pelo Decreto federal n.º 3.087/99.

59 Promulgada pelo Decreto federal n.º 1.212/94.

60 Promulgada pelo Decreto federal n.º 2.428/97.

- Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Convenção da Cidade do México de 1994).⁶¹

Além destes tratados multilaterais, há também acordos bilaterais que estabelecem a possibilidade de utilização do auxílio direto como mecanismo para a cooperação jurídica de um dos Estados para como o outro na realização de comunicação de atos judiciais e para a obtenção de provas, dependendo do alcance de cada um dos acordos, dentre os quais merecem destaque:

- Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, na Cidade de Madrid, em 13 de abril de 1989;⁶²
- Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, na Cidade de Roma, em 17 de outubro de 1989;⁶³
- Acordo de cooperação em matéria civil firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, na Cidade de Paris, em 28 de maio de 1996.⁶⁴

Os atos normativos internacionais citados são os principais que trazem em seu bojo a possibilidade de adoção do auxílio direto como instrumento de cooperação jurídica internacional em matéria civil.

2.7 Da Autoridade Central e De Suas Atribuições

Neste tópico, cumpre fazer menção às relevantes atribuições da autoridade central no processamento e na tramitação do pedido de auxílio direto na cooperação jurídica internacional em matéria civil.

A rigor, nos tratados envolvendo cooperação jurídica internacional, é regra⁶⁵ a previsão no sentido de que cada Estado contratante designará um órgão ou unidade administrativa responsável pela análise, tramitação

⁶¹ Promulgada pelo Decreto federal n.º 2.740/98.

⁶² Promulgado pelo Decreto federal n.º 166/91.

⁶³ Promulgado pelo Decreto federal n.º 1.476/95.

⁶⁴ Promulgado pelo Decreto federal n.º 3.598/2000.

⁶⁵ Apontou-se ser regra a designação de autoridades centrais pelos Estados contratantes, pois pode ocorrer de um Estado contratante não indicar a correspondente autoridade central, neste caso, a tramitação do pedido de auxílio direto dar-se-á pelas vias diplomáticas do Estado omissor em tal indicação. Esta prática

e acompanhamento dos pedidos de auxílio direto, denominada de autoridade central.

A autoridade central consiste em um órgão técnico que cada Estado contratante designa especificamente como responsável pelo recebimento, envio, análise e tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional objeto do tratado.

Assim, apesar de a denominação desse órgão técnico fazer alusão *autoridade*, não se trata de uma pessoa física que exerce determinada função pública, a qual é nomeada como responsável pela condução da cooperação jurídica internacional de que trata determinado tratado internacional.

Por sua vez, não se confunde também com a pessoa jurídica de direito público interno da qual faz parte a autoridade central. No caso, a pessoa jurídica de direito público interno é a União, a quem compete manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I).

Para bem fincar a apontada diferenciação entre a pessoa jurídica de direito público interno, o servidor público e a própria autoridade central em si, trazemos à colação as seguintes ponderações da administrativista e eminente professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na realidade, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer. Conforme estabelece o artigo 1º, §2º, inciso I, da Lei 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, órgão é 'a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da Administração indireta'. Isto equivale a dizer que o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração Direta, ao contrário da entidade, que constitui 'unidade de atuação dotada de personalidade jurídica' (inciso II do mesmo dispositivo); é o caso das entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).⁶⁶

Logo, a autoridade central, em realidade, é um órgão técnico, de caráter público, não dotado de personalidade jurídica, integrante do Estado-parte, o qual, por concentrar todo o fluxo de informações e documentos sobre

não é recomendada, pois a designação de autoridade central constitui-se em medida que muito contribui para a eficaz execução dos acordos de cooperação jurídica internacional.

66 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 426.

determinado tema envolvendo a cooperação jurídica internacional, acaba por manter uma equipe de servidores públicos especializados no tema, tornando mais célere a tramitação dos pedidos de cooperação, bem como ágeis e eficazes os contatos e as trocas de informações (tanto com as autoridades centrais dos demais países e com instituições estrangeiras, como com órgãos da Administração Pública brasileira e demais instituições envolvidas).

No Brasil, nos termos do Decreto federal n.º 6.061, de 15/3/2007 (artigo 11, inciso IV), a autoridade central previamente definida para a exercer tal função na cooperação jurídica internacional é o *Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)*, da *Secretaria Nacional de Justiça (SNJ)*, do *Ministério da Justiça*.

Além da referida autoridade central, previamente definida (DRCI), há as seguintes unidades da Administração Pública Federal destacadas para o exercício de tal relevante função administrativa:

- a) Departamento de Estrangeiros (DEEST), também da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça, para os pedidos de extradição e de transferência de pessoas condenadas;
- b) Secretaria Especial de Direitos Humanos – SDH, para os pedidos apresentados com base na Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e sobre a Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional.

Todas as autoridades centrais acima mencionadas integram o Poder Executivo federal. Entretanto, há autoridade central nomeada em tratado para o auxílio direto envolvendo matéria civil que não faz parte do Poder Executivo federal. Nesse sentido, para os assuntos alusivos à Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro da ONU (Convenção de Nova Iorque), a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República, integrante da estrutura do Ministério Público Federal.⁶⁷

Por fim, cumpre observar que no Brasil a tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional que não apresentam embasamento

67 Na Monografia que deu origem a este artigo (Capítulo II, item 7, p. 41 a 46), defendeu-se as vantagens, em termos de organização administrativa e eficiência na tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional, em se concentrar as autoridades centrais no âmbito da Administração Pública federal. Mesmo no âmbito do Poder Executivo, deve-se evitar a instituição de autoridades centrais em diversas unidades administrativas dos Ministérios. Afinal, concentrando-se as atividades em um número reduzido de autoridades centrais, mais eficaz se torna a atuação da Administração na condução dos pedidos de cooperação.

em tratado internacional, mas apenas na regra da reciprocidade, também ocorre pela autoridade central, de acordo com a natureza do pedido de cooperação apresentado, mas as tratativas entre o Estado brasileiro e o Estado solicitante ocorrem pelas *vias diplomáticas*, exatamente por não existir tratado definindo as regras da cooperação jurídica internacional solicitada, o que demonstra a sua importância da figura da autoridade central para agilizar a sua efetivação.⁶⁸

No âmbito do Ministério da Justiça, cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) exercer tal atribuição no sentido de dar encaminhamento a tais pedidos pelas vias diplomáticas.

2.8 Das Informações Básicas que Devem Constar do Pedido de Auxílio Direto e dos Aspectos Envolvidos em sua Tramitação Administrativa

O pedido de cooperação jurídica internacional, na modalidade auxílio direto, deve ser formalizado pelo Estado brasileiro a outro Estado-parte, instruído, no mínimo, com as informações indicadas no artigo 9º da Portaria Interministerial n.º 501, de 21/3/2012, dos Ministros de Estado da Justiça e das Relações Exteriores.⁶⁹

68 O artigo 783 do Código de Processo Penal trata do trâmite dos pedidos de cooperação jurídica internacional realizados pelas vias diplomáticas, fazendo alusão às cartas rogatórias, todavia, conforme observação constante do mencionado Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, tal dispositivo também se aplica à cooperação jurídica internacional em matéria civil. A respeito de tal trâmite, reportamo-nos à Portaria Interministerial n.º 501, de 21/3/2012, do Ministro de Estado da Justiça e do Ministro de Estado das Relações Exteriores.

69 As informações e documentos necessários à instrução do pedido de cooperação são os seguintes:

- a) indicação das autoridades centrais dos Estados requerente e requerido (se o pedido for apresentado com base em tratado) ou de ambas as autoridades diplomáticas (se o pedido for realizado com base nas vias diplomáticas);
- b) fundamento que embasa o pedido de cooperação jurídica internacional: tratado ou regra de reciprocidade, com o necessário detalhamento;
- c) qualificação completa das pessoas com relação às quais o pedido se refere (no caso de pessoa jurídica: os dados societários, representação, número de registro, inclusive fiscal, domicílio; no caso de pessoa física: nome, sobrenome, nacionalidade, lugar de nascimento, domicílio, data de nascimento, filiação e número de passaporte);
- d) narrativa detalhada do caso objeto do pedido de cooperação jurídica internacional (se houver processo administrativo ou judicial envolvido, indicar os dados correspondentes);
- e) apresentação dos documentos relativos ao caso objeto do pedido de cooperação jurídica internacional;
- f) referência e transcrição literal e integral do texto dos dispositivos legais da legislação do país do Estado-requerente, aplicáveis ao caso;
- g) outras informações e documentos que se mostrem necessários para a análise e atendimento ao pedido de cooperação jurídica internacional pelo Estado-requerido;
- h) assinatura da autoridade competente, local e data.

As autoridades centrais dispõem de informações detalhadas para os interessados em formular solicitação de análise quanto à possibilidade de encaminhar-se ao exterior pedido de auxílio direto em suas respectivas páginas institucionais na rede mundial de computadores – *Internet*.⁷⁰

Para a análise de sua tramitação, mostra-se relevante a realização da distinção entre o pedido de auxílio direto ativo e passivo. O pedido de auxílio direto ativo é o formulado pelo Estado brasileiro, por meio de sua autoridade central, para outro Estado soberano, com base em tratado internacional envolvendo cooperação jurídica internacional ou em regra de reciprocidade. O pedido de auxílio direto passivo é o apresentado ao Estado brasileiro por outro Estado soberano, também como base em tratado internacional envolvendo cooperação jurídica internacional ou em regra de reciprocidade.

No âmbito do auxílio direto ativo, pode ser indicado como exemplo a apresentação pelo genitor, residente no País, de pedido junto à Autoridade Central brasileira,⁷¹ de aplicação da Convenção da Haia, com vista à restituição de seu filho ilegalmente subtraído de seu local de residência habitual pelo outro cônjuge. Neste caso, o auxílio direto ativo será solicitado pelo Estado brasileiro ao outro Estado-parte da Convenção da Haia, onde a criança se encontra.

Outro exemplo seria o encaminhamento por autoridade judiciária brasileira ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça, de pedido de realização no exterior de atos judiciais necessários para que possa ser mantido o regular andamento de processo judicial em trâmite no Brasil. Assim, com base no pedido apresentado ao DRCI, este o encaminha à autoridade central do Estado contratante, no qual a medida judicial deverá ser praticada, ou então pelas vias diplomáticas, com vista à plena consecução da cooperação jurídica internacional em questão. O pedido pode envolver a realização no exterior de intimação da parte, que integre a relação processual de processo judicial em trâmite no Poder Judiciário

70 Autoridade Central: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br/drci. Assunto: cooperação internacional.

Autoridade Central: Procuradoria-Geral da República – Ministério Público Federal: www.pgr.mpf.gov.br. Assunto: cooperação jurídica internacional – autoridade central.

Autoridade Central: ACAF - Autoridade Central Administrativa Federal – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH: www.sedh.gov.br/aut_central. Assuntos: sequestro internacional e adoção internacional.

71 Autoridade Central brasileira para assuntos da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças está a cargo da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (Decreto federal n.º 3.951/2001).

brasileiro, para o comparecimento em audiência a ser realizada no Brasil, para a entrega de documentos, para acompanhar a realização de perícia, dentre outras hipóteses.

No auxílio direto passivo, o pedido de cooperação jurídica internacional é apresentado ao Estado brasileiro por outro país, como base em tratado internacional envolvendo cooperação jurídica internacional ou compromisso de reciprocidade. Portanto, é importante distinguir por qual via foi encaminhado o pedido, se pela via diplomática ou a fixada em tratado por intermédio de autoridades centrais.⁷²

Caso a análise da autoridade central brasileira seja conclusiva no sentido de se efetivar a pretendida cooperação jurídica internacional pela via do auxílio direto, deverá realizar o encaminhamento do pedido à Advocacia-Geral da União para que esta, representando a União, ingresse perante a Justiça Federal com a medida judicial pretendida pelo Estado requerente.

Como exemplos do pedido de auxílio direto passivo, podem ser citados os mesmos descritos para o auxílio direto ativo, mas na via inversa. Assim, no caso da subtração ilícita de criança, mantida ilegalmente no Brasil, o pedido de cooperação é apresentado pela autoridade central do país de residência habitual da criança à Autoridade Central brasileira - ACAF, com vista à adoção pelo Estado brasileiro das medidas administrativas e legais necessária ao retorno da criança ao local de sua residência habitual.

Outro exemplo seria o encaminhamento por autoridade central estrangeira à Autoridade Central brasileira (Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça), de pedido de realização no Brasil de atos judiciais necessários para que possa ser mantido o regular andamento de processo judicial em trâmite no exterior. O pedido pode envolver a realização, por meio do Poder Judiciário brasileiro, da intimação da parte, que integre a relação processual de processo judicial em trâmite no Poder Judiciário do país requerente, para cientificar-lhe da realização de audiência, para a entrega de documentos, para acompanhar a realização de perícia, dentre outras hipóteses.

Conforme a tramitação do pedido de auxílio direto exposta acima, nota-se haver duas fases bem distintas, quais sejam, a fase administrativa e a fase judicial.

72 Para um maior detalhamento do trâmite administrativo dos pedidos de auxílio direto, ativos e passivos, reportamo-nos ao mencionado Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Cooperação em Matéria Civil, do Ministério da Justiça, bem como ao Capítulo II, item 7, da referida Monografia Auxílio Direto – Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional.

A fase administrativa, que se inicia com a apresentação do pedido pelo Estado-requerente e se conclui com a sua apreciação pela autoridade central ou autoridade diplomática competente do Estado-requerido. A fase judicial, por sua vez, terá início apenas se houver o ingresso em juízo, perante o Poder Judiciário do Estado-requerido, da medida judicial necessária para a efetivação da cooperação jurídica internacional em questão. No Brasil, a fase judicial do pedido do auxílio direto passivo tem início, via de regra,⁷³ com o ingresso pela União, representada pela Advocacia-Geral da União, perante a Justiça Federal, com a demanda para a obtenção do provimento jurisdicional necessário ao cumprimento do pedido de cooperação jurídica internacional solicitada pelo Estado-requerente.

2.9 Do Papel da Advocacia-Geral da União no Ajuizamento do Pedido de Auxílio Direto Passivo

Concluída a fase administrativa na tramitação do pedido de cooperação jurídica internacional, a próxima fase tem início com o encaminhamento da documentação à Advocacia-Geral da União, para o ingresso da demanda judicial necessária para a sua efetivação.⁷⁴

O ajuizamento da demanda é feito pela União, como parte autora ou requerente, devidamente representada pela Advocacia-Geral da União.

A rigor, a parte autora do pedido de auxílio direto é a União, pois compete a este ente federativo manter relações com Estados estrangeiros, nos termos do artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, sendo que o ajuizamento do pedido de auxílio direto decorre do cumprimento de cooperação jurídica internacional mantida pelo Estado brasileiro com outro país, nos termos previstos em tratado ou em compromisso de reciprocidade.⁷⁵

A representação, judicial e extrajudicial, do ente federativo União pela Advocacia-Geral da União está prevista no artigo 131, “caput”, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

73 A expressão “via de regra” decorre do fato de a representação do Estado brasileiro no ajuizamento de pedidos de auxílio direto ser realizada em sua grande maioria das vezes pela Advocacia-Geral da União, havendo, contudo, exceção a tal regra, como a competência do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações judiciais envolvendo a prestação internacional de alimentos, consoante a Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro, da Organização das Nações Unidas – ONU, promulgada pelo Decreto federal n.º 56.826/65.

74 Salvo no caso de o pedido de auxílio direto ser referente à Convenção sobre a prestação de alimentos no estrangeiro (Convenção da ONU – Nova Iorque), conforme consta na nota de rodapé anterior.

75 Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgãos vinculados, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.⁷⁶

Portanto, o papel da Advocacia-Geral da União quanto ao auxílio direto é o de, na qualidade de representante judicial da União, propor as demandas, perante o Poder Judiciário brasileiro (Justiça Federal), com vista a efetivar a cooperação jurídica internacional.

Assim, a autoridade central remete o processo administrativo referente ao pedido de cooperação à Advocacia-Geral da União, mais especificamente ao Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União - PGU,⁷⁷ responsável pela análise, sob os aspectos jurídico-processuais, a respeito do cabimento do ingresso em juízo pela União com a demanda judicial para efetivar o pedido de auxílio direto.

Sob o enfoque da estrutura interna da Advocacia-Geral da União, o ajuizamento da demanda será de responsabilidade de suas unidades contenciosas espalhadas pelo País (Procuradorias-Regionais da União, Procuradorias da União ou Procuradorias-Seccionais da União), nos termos regulamentados pela citada Lei Complementar 73/93. Em cada unidade contenciosa da Advocacia-Geral da União, há membros da AGU especificamente destacados e nomeados para atuação em demandas envolvendo o direito internacional,⁷⁸ dentre as quais o ajuizamento e o acompanhamento da tramitação de pedidos de auxílio direto.

A Advocacia-Geral da União ingressa com as demandas judiciais alusivas aos pedidos de auxílio direto e informa as respectivas autoridades centrais a respeito dos seus desdobramentos, solicitando providências administrativas e informações para o atendimento a despachos judiciais, comunicando a respeito de decisões judiciais, para que esta adote as providências para o seu cumprimento, bem como para que informe à autoridade central congênere, com vista ao pleno atendimento à cooperação jurídica internacional.

76 A lei complementar mencionada no dispositivo constitucional corresponde à Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, disciplinando a sua organização e atuação na representação da União, judicial e extrajudicialmente.

77 O artigo 9º da Lei Complementar 73/93, regulamentada pelo artigo 41 do Decreto federal n.º 7.392, de 13 dezembro de 2010, estabelece a competência da Procuradoria-Geral da União.

78 A Portaria n.º 3, de 03/11/2011, da Procuradoria-Geral da União, cria o Grupo de Atuação em Assuntos Internacionais, sob a orientação e coordenação do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, com atuação em todas as unidades de representação judicial da União distribuídas pelo País.

3 DE ASPECTOS PROCESSUAIS ENVOLVIDOS NA FASE JUDICIAL DO AUXÍLIO DIRETO

Após a abordagem sobre o auxílio direto e o papel da Advocacia-Geral da União no ajuizamento de demandas alusivas a tal instrumento de cooperação jurídica internacional, cumpre adentrar na análise de alguns aspectos processuais envolvidos na fase judicial do auxílio direto, iniciando-a pelas condições da ação.

3.1 Das Condições da Ação

Segundo a teoria desenvolvida por Enrico Tulio Liebman, e adotada pela doutrina brasileira majoritária, conforme estudo do professor Fredie Didier Jr., “o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que deve ficar condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo.”⁷⁹ Conclui o citado processualista que tais condições da ação seriam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

No próximo tópico, serão abordadas as condições da ação, mas sob o enfoque de demandas judiciais alusivas à efetivação do auxílio direto.

3.2 Da Possibilidade Jurídica do Pedido e do Interesse de Agir

O pedido formulado na demanda é possível quando não existir no ordenamento jurídico uma previsão normativa que o torne inviável. Nesse sentido, o artigo 267, inciso VI, do CPC, estabelece que o processo será extinto sem julgamento do mérito quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual. Por sua vez, o art. 295, parágrafo único, inciso III, também do CPC, estabelece ser inepta a petição inicial quando o pedido for juridicamente impossível.

Um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido com relação ao auxílio direto com base na Convenção da Haia de 1980, seria o ingresso com demanda de busca, apreensão e restituição de uma pessoa com a idade de dezesseis anos, pois, neste caso, o pedido seria impossível juridicamente, à luz do artigo 4º da referida Convenção.⁸⁰

79 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 203.

80 Artigo 4º A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos. (Destques do subscritor)

Conclui-se, portanto, que a possibilidade jurídica do pedido é a inexistência, no ordenamento jurídico, de vedação explícita ao pleito formulado na demanda.

O interesse de agir, também chamado de interesse processual, consiste na utilidade do provimento jurisdicional pretendido pelo demandante.⁸¹

O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, quais sejam, a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade do provimento pleiteado. Na falta de um dos elementos, inexistente o próprio interesse de agir, levando-se à extinção do feito sem julgamento do mérito.

A necessidade da tutela jurisdicional fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflitos.⁸² Por sua vez, a necessidade da tutela jurisdicional decorre da proibição da autotutela.

Assim, um exemplo do elemento necessidade no âmbito do auxílio direto, seria a impossibilidade de o Estado brasileiro dar cumprimento a um pedido de restituição de uma criança ao seu local de residência habitual no exterior, a qual teria sido trazida ilegalmente ou retida ilicitamente ao Brasil por um de seus genitores, sem que obtenha uma ordem judicial amparando a tal pedido de busca, apreensão e restituição da criança. Não obstante os poderes conferidos ao Estado brasileiro pela Constituição da República, a efetivação de tal cooperação jurídica internacional somente é viável por meio da obtenção de um provimento jurisdicional que ampare o retorno da criança ao seu local de residência habitual. A necessidade do provimento jurisdicional no exemplo dado é inconteste.

A utilidade do provimento jurisdicional mostra-se presente quando o processo judicial propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido.

Assim, além da necessidade, é preciso que o demandante tenha ido a juízo em busca do provimento adequado, valendo-se da via processual cabível ao caso concreto.

Tomando-se por base um processo judicial envolvendo pedido de auxílio direto, não estaria presente o interesse de agir na modalidade necessidade, quando, por exemplo, o genitor que subtraiu ou reteve ilicitamente a criança no Brasil retorna ao país de residência habitual da mesma e a entrega à genitora abandonada, deixando de violar o direito de guarda, *antes de sua citação* em demanda de busca, apreensão e restituição de criança com base na Convenção da Haia de 1980 proposta pela União perante a Justiça Federal.

81 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, 20. ed. Lumen Juris, 2010. p. 127.

82 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 218.

Neste caso, mostra-se também claro que não subsistirá o interesse processual na modalidade utilidade do provimento jurisdicional, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Entretanto, subsistiria o interesse de agir na modalidade utilidade, se a restituição voluntária da criança viesse a acontecer após a citação. Nesta hipótese, estar-se-ia diante do reconhecimento da procedência do pedido, com fundamento no artigo 269, inciso II, do CPC.

Nesse sentido, reportamo-nos novamente às observações do professor Fredie Didier Jr.:

É por isso que se afirma, com razão, que há falta de interesse processual quando não mais for possível a obtenção daquele resultado almejado – fala-se em “perda do objeto” da causa. É o que acontece, p. ex., quando o cumprimento da obrigação se deu antes da citação do réu – se o adimplemento se deu após a citação, o caso não é de perda do objeto (falta de interesse), mas de reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II, CPC-73).⁸³

Parte da doutrina também insere como elemento do interesse de agir a adequação, consistente em o demandante ir a juízo utilizando-se da via processual apropriada ao provimento jurisdicional que se busca.⁸⁴ Todavia, a crítica que se faz à inserção de tal elemento como formador do interesse de agir, consiste em que o exame de adequação do procedimento diz respeito ao exame de validade e não ao exercício do direito de ação. Por sua vez, o equívoco na escolha do procedimento poderia ser sanado, pelo princípio da instrumentalidade das formas, consoante o disposto nos artigos 244, 250 e 295, inciso V, do CPC.⁸⁵ Seguindo tal corrente doutrinária, não abordaremos a hipótese de aplicação de tal elemento a demandas judiciais envolvendo pedido de auxílio direto por não considerá-la como integrante do interesse de agir.

3.3 Da Legitimidade Ad Causam: a Legitimidade Ativa da União

A terceira das condições de ação é a legitimidade *ad causam*. Apresentam legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida em juízo por meio do processo, cabendo ao autor identificar na

⁸³ DIDIER JR., op. cit. p. 218.

⁸⁴ CÂMARA, op. cit. p. 128.

⁸⁵ DIDIER JR., op. cit. p. 219.

petição inicial os sujeitos de tal relação jurídica. Trata-se da pertinência subjetiva da ação.⁸⁶

No que tange às demandas envolvendo o pedido de auxílio direto conforme visto anteriormente, o ente federativo União possui legitimidade ativa.

Nesse sentido, compete à União manter relações com Estados estrangeiros, nos termos do artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, sendo que o ajuizamento do pedido de auxílio direto decorre do cumprimento de cooperação jurídica internacional mantida pelo Estado brasileiro com outro país, nos termos previstos em tratado ou em compromisso de reciprocidade.

Infere-se do citado dispositivo constitucional que a União é a pessoa jurídica de direito público interno que representa o Estado brasileiro, sendo certo que essa prerrogativa implica não só na obrigação de cumprir, mas também a de fazer cumprir os compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

Assim, não tem legitimidade ativa para propor o auxílio direto a própria autoridade central, posto que esta não tem personalidade jurídica, conforme abordado anteriormente.

Por ser um novo instrumento de cooperação jurídica internacional, bem como por ensejar certa confusão com os outros dois instrumentos já sedimentados entre os operadores do direito (carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira), a jurisprudência foi inicialmente refratária em reconhecer a legitimidade ativa da União e o cabimento do próprio pedido de auxílio direto, com vista à adoção de providências, diretamente perante o Poder Judiciário brasileiro. Para tal corrente, a providência jurisdicional que busca a União por meio do auxílio direto demandaria a carta rogatória, de competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁷

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, ao julgar a Reclamação 2656/SP, por maioria de votos, se posicionou no sentido de que a União apresenta sim efetivamente a legitimidade ativa em feitos envolvendo pedidos de cooperação jurídica internacional por auxílio direto, sendo legalmente admissível tal instrumento de cooperação jurídica internacional:

86 CÂMARA, op. cit. p. 124-125.

87 Uma exemplo de jurisprudência que contempla tal visão ultrapassada, mas que vigorou por um determinado tempo na fase inicial da utilização do auxílio direto, citamos o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu pela ausência de legitimidade ativa da União para propor demanda com vista à busca, apreensão e restituição de uma criança que se encontrava no Brasil, em decorrência de subtração ilegal praticado pela sua genitora, que a retirou de seu local de residência habitual na Argentina e a trouxe ao Brasil, em total violação às regras da Convenção da Haia de 1980 (TRF-4, AC 2003.70.00.035907-8, 3ªTurma, Relatora Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ 07/11/2005).

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ. EXEQUATUR. CARTA ROGATÓRIA. CONCEITO E LIMITES. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS, APROVADOS E PROMULGADOS PELO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE. HIERARQUIA, EFICÁCIA E AUTORIDADE DE LEI ORDINÁRIA.

1 - [...]

2 - [...]

3- [...]

4 – As providências de cooperação dessa natureza, dirigidas à autoridade central do Estado requerido (que, no Brasil, é o Ministério da Justiça), serão atendidas pelas autoridades nacionais com observância dos mesmos padrões, inclusive dos de natureza processual, que devem ser observados para as providências semelhantes no âmbito interno (e, portanto, sujeitas a controle pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer interessado). Caso a medida solicitada dependa, segundo o direito interno, de prévia autorização judicial, cabe aos agentes competentes do Estado requerido atuar judicialmente visando a obtê-la. *Para esse efeito, tem significativa importância, no Brasil, o papel do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, órgãos com capacidade postulatória para requerer, perante o Judiciário, essas especiais medidas de cooperação jurídica.*

5 a 7 – [...]

8 – Reclamação improcedente.

(STJ, Rcl 2656/SP, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, maioria de votos, Data do julgamento 18/11/2009, DJ 16/12/2009) - Destaques do subscritor

Cumpra chamar a atenção também para o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual reconheceu a legitimidade da União para atuar em pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria civil:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO INTERNACIONAL. CAUTELAR. BUSCA, APREENSÃO E REPATRIAMENTO DE MENORES . CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.

LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO FEDERAL. MÉRITO: RETENÇÃO ILÍCITA. NÃO COMPROVAÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. ORIENTAÇÃO DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS E, NO MÉRITO, IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CAUTELAR (ART 515, § 3º, DO CPC).

Com base na Carta Política e como órgão da Administração Pública Federal Direta, visando ao cumprimento de obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil, através de cooperação internacional, para a concretização de objetivos de Convenção Internacional, a UNIÃO FEDERAL atua como legitimada ordinária, ou seja, em nome próprio e na defesa de interesse próprio. - *A legitimação e interesse da UNIÃO FEDERAL na lide não decorrem de interesse privado do pai (guarda) dos menores e, sim, de interesse de natureza pública consistente no cumprimento de obrigações assumidas em Convenção Internacional.* [...]

(TRF 2ª Região - Apelação Cível nº 388822 - Processo n.º 2003.51.01.018494-5 - Data decisão: 24/03/2008)

Conclui-se, portanto, que a União, como ente federativo que representa o Estado brasileiro, por intermédio da Advocacia-Geral da União, tem efetiva legitimidade para ingressar em juízo com pedido de auxílio direto, em atendimento a solicitação formulada por Estado estrangeiro, com base em tratado internacional ou compromisso de reciprocidade.

Quanto à legitimidade passiva na demanda judicial envolvendo pedido de auxílio direto, o réu, requerido ou demandado é aquele em face de quem a pretensão é deduzida em juízo,⁸⁸ no caso, a pretensão envolvendo o pedido de tutela jurisdicional com vista à adoção da medida necessária ao cumprimento da cooperação jurídica internacional.

Assim, será requerida ou ré a pessoa à qual a União demandar em juízo, pleiteando a prática de determinado ato judicial, necessário à tramitação do processo judicial em curso perante o Poder Judiciário do Estado-requerido. Por exemplo, a realização a intimação do demandado acerca de determinado ato judicial a ser realizado no exterior (audiência, produção de prova pericial etc.).

Caso o pedido de auxílio direto envolva demanda judicial de busca, apreensão e restituição de criança subtraída ilicitamente do local de sua residência habitual, pela Convenção da Haia, a parte ré será o (a) genitor (a) que subtraiu ilicitamente a criança e a trouxe ao Brasil

88 CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 313.

sem o consentimento do (a) genitor (a) que também exercia, em caráter exclusivo ou de modo compartilhado, o direito de guarda.

3.4 Da Competência da Justiça Federal

Diante da legitimidade ativa da União para mover a demanda alusiva ao pedido de cooperação jurídica internacional, decorrente de tratado ou de compromisso de reciprocidade, que se busca efetivar por meio do auxílio direto, a competência para o seu recebimento, processamento e julgamento é da Justiça Federal, por meio dos juízes federais de primeira instância, nos termos do artigo 109, incisos I e III, da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Quanto a esta questão processual, poderia surgir o seguinte questionamento à luz do artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal:⁸⁹ A competência para o recebimento, o processamento e a prolação de decisão sobre pedido de auxílio direto não seria do Superior Tribunal de Justiça? A resposta é negativa.

Ocorre que a demanda originária do pedido de cooperação jurídica internacional pela modalidade de auxílio direto não se confunde de modo algum com os outros dois instrumentos: a homologação de sentença estrangeira e a carta rogatória. Quanto a estas duas modalidades de cooperação, em que há uma decisão ou uma sentença estrangeira a ser aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro, efetivamente a competência

⁸⁹ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar originariamente:

[...]

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;”

(alínea “i” acrescida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004).

para decidir a respeito é reservada constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Contudo, o auxílio direto consiste em uma demanda judicial movida diretamente perante o Poder Judiciário do Estado-requerido. Não se trata, em absoluto, de um pedido de cumprimento de determinada sentença ou decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário do Estado-requerente perante o Poder Judiciário do Estado-requerido, próprias estas da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira, pois exigem o juízo de delibação realizado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰

Por tal razão, a demanda envolvendo o pedido de auxílio direto não é de competência do Superior Tribunal de Justiça, mas sim deve ser ajuizada perante o Juízo Federal de primeira instância, com fundamento no artigo 109, incisos I e III, da Constituição da República. Logo, a competência para apreciar e julgar as demandas judiciais que envolvam pedido de cooperação jurídica internacional, por meio de auxílio direto, é da Justiça Federal.

3.5 Do Procedimento Que Deve Nortear A Demanda Envolvendo O Pedido De Auxílio Direto

A rigor, não é possível definir um único procedimento para os pedidos de auxílio direto, posto que, por meio de tal instrumento de cooperação jurídica internacional, podem vir a ser formuladas as mais diversas pretensões em juízo, abrangendo desde a realização da intimação judicial de uma pessoa acerca de determinado ato processual alusivo a processo judicial em curso no exterior, até a busca, apreensão e restituição de uma criança ilegalmente trazida ao Brasil ou nele retida ilicitamente.

Assim, para se aferir qual o procedimento aplicável à demanda, cumpre analisar-se a pretensão deduzida em juízo sob o prisma do direito material. Nessa linha, os professores José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, reportando-se às precisas observações do professor Arruda Alvin, apontam a necessidade de adequação do procedimento ao direito material:

Devem as regras processuais “guardar simetria com as regras de direito material”, vale dizer, *os direitos materiais devem comportar uma dimensão processual adequada a garantir sua eficácia*, o que impõe reconhecer a existência de um direito subjetivo ao processo adquadro

90 Por força da reforma constitucional proveniente da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que retirou do Supremo Tribunal Federal e atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar a homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur em carta rogatória.

(*due process of law*), ao qual corresponde o dever do Estado de realizar eficazmente os direitos através do processo.⁹¹

Aliás, a adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo sob o ponto de vista do direito material está expressamente prevista no Projeto de Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional,⁹² conforme se observa do teor de seu artigo 40, parágrafo único:

Art. 40. Se houver parte interessada, será ela citada para, no prazo de quinze dias, manifestar sobre o auxílio direto solicitado.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* se o pedido de auxílio direto demandar ação em que haja procedimento específico.

Partindo de tal colocação, serão analisados a seguir os procedimentos aplicáveis para alguns casos de pedido de auxílio direto na forma passiva (em que o Estado brasileiro é demandado para cooperar internacionalmente com outro Estado soberano).

No caso de cooperação jurídica internacional envolvendo pedido de realização, por intermédio do Poder Judiciário brasileiro, de intimação judicial de pessoa que se encontra no Brasil para que esta tome ciência de determinado ato relacionado a processo judicial em tramitação no exterior,⁹³ o procedimento a ser adotado corresponde, em grande medida, ao procedimento cautelar de notificações judiciais, previsto nos artigos 867 a 873, todos do Código de Processo Civil, pois, realizada a intimação ou notificação judicial, não há defesa a ser apresentada pela parte requerida, mas apenas a cientificação do ato judicial alusivo ao processo em trâmite no exterior.

O Projeto de Código de Processo Civil, em seu artigo 40, “caput”, disciplina especificamente o procedimento desta modalidade de auxílio direto.

Por sua vez, se a cooperação jurídica internacional envolver a propositura de demanda com pedido de busca, apreensão e restituição de criança, com base na Convenção da Haia de 1980, o procedimento

91 MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*: Parte geral e processo de conhecimento. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

92 Anteprojeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal (PLS 166/2010), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (Projeto de Lei 8046/10).

93 Com base, por exemplo, no Convênio de cooperação judiciária em matéria civil firmado entre o Brasil e a Espanha, em Madrid, em 13/4/89; no Tratado relativo à cooperação judiciária e ao reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil firmado entre o Brasil e a Itália, em Roma, em 17/10/89; ou, ainda, no Acordo de cooperação em matéria civil firmado pelo Brasil e pela França, em Paris, em 28/05/96.

a ser adotado será o ordinário, previsto nos artigos 282 e seguintes do Código de Processo Civil, possibilitando-se a utilização do instrumento processual da tutela antecipada, presentes os requisitos legais para tanto.

Poderá, ainda, envolver demanda sob o procedimento cautelar, instaurada antes ou no curso do processo principal de busca, apreensão e restituição de criança (artigo 796 do CPC), com vista, por exemplo, a obter provimento jurisdicional que ordene a guarda judicial da criança com outra pessoa até o término do processo principal (que tramita pelo procedimento ordinário), em caso de indícios de maus tratos à criança ou a prática de alienação parental pela parte-ré.

Caberá, ainda, procedimento executivo, em caso de demanda com pleito de cumprimento de acordo judicial firmado em processo de busca, apreensão e restituição de criança, caso a parte-ré não tenha cumprido, por exemplo, com a sua obrigação de retornar com a criança para o país de sua residência habitual.

Aos exemplos citados, em que foram adotados diversos procedimentos para a efetivação de uma cooperação jurídica internacional envolvendo a subtração ilícita de criança pela Convenção da Haia, depreende-se ser absolutamente pertinente a previsão contida no parágrafo único do artigo 40 do Projeto de Código de Processo Civil.

4 CONCLUSÕES

Conforme abordado neste artigo, a elevação do intercâmbio entre os Estados soberanos, seus cidadãos, instituições e corporações, por conta do fenômeno da globalização, trouxe à tona a necessidade de adoção de mecanismos para a solução de pendências judiciais e jurídicas, que apresentam reflexos em mais de um país. Que a colaboração mútua entre os Estados soberanos, no âmbito jurídico e judicial, ocorre por meio de instrumentos de cooperação jurídica internacional, consistentes no auxílio jurídico-administrativo, na carta rogatória, na homologação de sentença estrangeira e no auxílio direto, cada qual apresentando uma aplicação específica para o atendimento aos pedidos de cooperação jurídica internacional.

Quanto ao auxílio direto, tema deste artigo, conclui-se que o seu elemento delimitador, que o distingue dos demais instrumentos de cooperação jurídica internacional, consiste em se efetivar por meio de uma demanda movida perante o Poder Judiciário que integra a estrutura estatal do Estado requerido. Logo, a decisão judicial a ser proferida sobre a questão apresentada será interna. Não há sentença ou decisão judicial de Poder Judiciário estrangeiro a ser cumprida pelo Poder Judiciário do

Estado requerido. Este é o elemento que caracteriza o auxílio direto, bem como que o diferencia essencialmente da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira.

Conclui-se, ainda, que o auxílio direto apresenta amparo constitucional, com regulamentação em tratados internacionais. Apontou-se que, não obstante a sua regulamentação em tratados, a previsão de uma disciplina uniforme sobre a cooperação jurídica internacional e o auxílio direto, nos termos da proposta constante do Projeto de Código de Processo Civil (artigos 34 a 41), aprovado pelo Senado Federal (PLS n.º 166/2010), ora em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n.º 8.046/2010), será benéfica para a aplicação do instrumento em questão.

Quanto à Advocacia-Geral da União, conclui-se que o seu papel no tocante ao auxílio direto é o de, na qualidade de representante judicial da União, propor as demandas, perante o Poder Judiciário brasileiro (Justiça Federal), com vista a efetivar a cooperação jurídica internacional em tela. Além da representação judicial, a Advocacia-Geral da União também exerce a função de representação extrajudicial na análise jurídica quanto à viabilidade ou não de se ingressar com a pretendida demanda judicial, com vista a atender ao pedido de cooperação.

Diante da legitimidade ativa da União para mover a demanda alusiva ao pedido de cooperação jurídica internacional, decorrente de tratado ou de compromisso de reciprocidade, que se busca efetivar por meio do auxílio direto, chega-se à conclusão de que a competência para o seu recebimento, processamento e julgamento é da Justiça Federal, por meio dos juízes federais de primeira instância, nos termos do artigo 109, incisos I e III, da Constituição Federal.

No estudo dos procedimentos aplicados às demandas envolvidas com o auxílio direto, chega-se à conclusão de que não é possível definir um único procedimento para os pedidos de auxílio direto, posto que, por meio de tal instrumento de cooperação jurídica internacional, podem vir a ser formuladas as mais diversas pretensões em juízo, abrangendo desde a realização de intimação judicial de uma pessoa acerca de determinado ato processual alusivo a processo judicial em curso no exterior, até a busca, apreensão e restituição de uma criança ilegalmente trazida ao Brasil ou nele retida ilicitamente.

Conclui-se, por fim, que o auxílio direto se constitui em relevante instrumento voltado à cooperação jurídica internacional, bem como à efetividade do processo judicial, tanto no Brasil como no exterior.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n.º 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Rubens Limongi França. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA JUNIOR, Márcio Mateus. *O auxílio direto como meio de efetividade do direito à razoável duração do processo*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, XIV, n. 92, 2011. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BEZERRA, Camila Colares; SAADI, Ricardo Andrade. A Autoridade Central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: BRASIL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça. 3. ed. Brasília: 2012.

BRASIL. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e recuperação de ativos: Cooperação em matéria civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça. 3. ed. Brasília: 2012.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1, 20. ed. Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Salvador. Jus Podivm, 2011.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Flávio Alves. Globalização e contemporaneidade. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.). *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TAKAHASHI PEREIRA, Marcela Harumi. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO: TÉCNICA DE FORTALECIMENTO DO PRECEDENTE SPECIAL

REPETITIVE RECOURSE: TECHNIQUE FOR STRENGTHENING PRECEDENT

*Maria Carolina de Medeiros Redi
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Julgamento segundo precedente; 1.1 As alterações do CPC para julgamento segundo a jurisprudência; 1.2 Os objetivos do julgamento segundo os precedentes; 2 O recurso especial repetitivo; 2.1 Papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça como Corte de uniformização da interpretação da lei federal; 2.2 A sistemática de julgamento do recurso especial repetitivo; 3 Críticas ao julgamento por amostragem e os institutos do projeto de novo Código de Processo Civil; 3.1 Críticas ao julgamento por amostragem; 3.2 Os institutos do projeto de novo Código de Processo Civil; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca efetivar uma análise crítica do instituto dos recursos especiais repetitivos, como técnica de fortalecimento do precedente no direito brasileiro, com enfoque na doutrina acerca do tema e na posição adotada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Foi, também, objeto de estudo o instituto no Projeto de novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Especial Repetitivo. Precedente. Isonomia. Celeridade. Força.

ABSTRACT: The goal of this article is to provide a critical analysis of the institution of special repetitive recourse, as a technique for strengthening precedent in Brazilian Law. It focuses on the topic's doctrine and a position adopted by the Superior Tribunal of Justice. The institution of the Project of New Civil Process Code was also included in the study.

KEYWORDS: Especial Repetitive Resource. Precedent. Equitable. Celerity. Force.

INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à análise crítica do instituto dos recursos especiais repetitivos previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, em especial considerando a sua função de mecanismo para uniformização da interpretação da lei federal, com vistas a permitir uma prestação jurisdicional mais isonômica e célere.

Inegável o interesse no tema ante ao crescente fortalecimento dos precedentes no nosso ordenamento; em particular, no caso dos recursos especiais, ante a missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça como órgão máximo da interpretação e uniformização da legislação federal.

De fato, o instituto nasceu com a finalidade, dentre outros objetivos, de tentar redimensionar o papel constitucional da Corte Superior.

Tal intento guarda inegável relação com a necessidade premente de solução do excesso de feitos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro; decorrente, em certa medida, da particular característica do sistema pátrio em não observar os precedentes firmados.

Na análise, buscar-se-á o âmbito em que surgiu o dispositivo, considerando as alterações legislativas ocorridas no Código de Processo Civil em vigor, assim como, as noções básicas da teoria dos precedentes, para empreender uma exploração crítica acerca da sistemática de julgamento dos recursos especiais repetitivos, através da regulação efetivada no art. 543-C e na Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça, com enfoque na doutrina produzida e na interpretação conferida pelo próprio Superior às particularidades e às problemáticas verificadas ao longo dos primeiros anos de vivência da normativa, com a consulta às decisões e acórdãos proferidos pela Corte.

Não serão desconsideradas as inovações pretendidas no Projeto de novo Código de Processo Civil.

Patente, portanto, a atualidade e o genuíno interesse existente no desbravamento crítico do instituto.

1 JULGAMENTO SEGUNDO PRECEDENTE

1.1 As alterações do CPC para julgamento segundo a jurisprudência

Nas últimas décadas, o aumento avassalador do número de feitos, muitas vezes com teses repetidas, no Poder Judiciário, tem levado, juntamente com outros fatores, a diversas alterações legislativas destinadas, prioritariamente, à redução do tempo do processo e a conferir efetividade à prestação jurisdicional.

Esse cenário, acrescido da forte e crescente preocupação com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, justa e rápida, impulsionou diversas alterações legislativas e, inclusive, a previsão no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, pela EC nº 45/2005, da razoável duração do processo como garantia constitucional.

Algumas dessas alterações se destinaram a promover mudanças de procedimento, ou do processo propriamente dito, dentre as quais podemos citar a Lei nº 9.756/1998 que alterou a redação do art. 557 do CPC, ampliando os poderes do relator para o julgamento monocrático dos feitos na segunda instância; a Lei nº 11.277/2006 que acrescentou ao CPC o art. 285-A, admitindo o julgamento de improcedência em causa repetida, sem necessidade da citação do réu; as Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006 relativas às alterações do cumprimento da sentença e ao processo de execução; a Lei nº 11.417/2006 reguladora do instituto da Súmula Vinculante criado pela EC nº 45/2004 (art. 103-A da CF/88); e mais recentemente as Leis nº 11.418/2006, a qual regulamentou o instituto da repercussão geral introduzido na Constituição Federal de 1988, também, pela EC 45/2004 (art. 102, §3º), e nº 11.672/2008, a qual introduziu o art. 543-C no CPC, destinado ao julgamento de recursos especiais repetitivos por amostragem¹.

Parte dessas inovações demonstra de forma cabal à adoção de institutos para julgamento de recursos com a finalidade de agilizar a tomada de decisão pela aplicação de precedentes vinculantes ou persuasivos².

Nesse contexto, inserem-se os artigos 285-A, 475, §3º, 518, §1º, 557, *caput* e parágrafo 1º, 543-A, 543-B e 543-C, do CPC. Todos tendentes à resolução do processo ou do recurso segundo um precedente.

1 Nesse sentido, a posição de JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO. Processos repetitivos e o desafio do Judiciário: rescisória contra interpretação de lei federal. *Revista de processo*. São Paulo: ano: 35, n. 183, p. 145-164, maio, 2010. Já ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR cita outros oportunos exemplos em Considerações obre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. *Revista de Processo*. São Paulo: ano 34, n. 170, p. 140-155, abr. 2009. p. 141.

2 Nesse sentido, a posição de JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO ARAÚJO: "A preocupação quanto ao tempo do processo aponta, ademais, para a ampliação da verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas. Os tribunais Superiores, nesse sentido não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas sim como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional. Realmente, com as últimas reformas houve clara ampliação do conceito de manutenção e verticalização dos precedentes judiciais. Esta afirmação encontra guarida em institutos como a ampliação dos poderes dos magistrados de 1.º grau na aplicação dos precedentes judiciais (arts. 285-A e 518, §1º, do CPC); poderes dos magistrados dos tribunais locais (arts. 527 e 557 do CPC, além das hipóteses negativas de repercussão geral); poderes dos Ministros dos Tribunais Superiores na análise dos recursos excepcionais (arts. 543-A a 543-C, além das súmulas Vinculantes) etc.". op. cit., p. 147-148.

A Lei nº 11.672/2008 introduziu o art. 543-C do CPC, criando a sistemática do julgamento dos recursos especiais repetitivos por amostragem, no qual, por meio de um procedimento diferenciado, com ampla discussão acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça firma uma posição quanto à matéria de direito presente de forma repetitiva em diversos recursos.

Há, assim, uma clara tentativa de fortalecimento do prestígio dos precedentes judiciais, inclusive, em razão da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e, também, mais isonômica quanto às questões que se repetem no Poder Judiciário³.

Nesse contexto, ganha efetivo destaque a questão dos recursos especiais repetitivos, justamente, ante a função constitucional dos recursos especiais de harmonizar a interpretação da legislação federal, como destacado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS⁴:

O próprio recurso especial apresenta, como uma das suas principais finalidades, a de consolidar, no plano do direito infraconstitucional, essa pauta de conduta, dando a última palavra sobre a correta interpretação da lei e uniformizando a jurisprudência.

Como regra geral, deve entender-se que, para a uniformização da jurisprudência, é absolutamente imperioso o respeito, pelos

3 Nesse sentido, a posição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS: “Há muito tempo temos sustentado ser indesejável que haja excessiva discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão de direito. A existência de decisões diferentes sobre situações iguais, além de gerar insegurança jurídica, conduz ao descrédito com relação à atuação jurisdicional. [...] O legislador percebeu isso. O sistema processual hoje está repleto de mecanismos que viabilizam atribuir-se mais importância aos precedentes do STJ e do STF, de molde a prestigiar a isonomia, a uniformidade, a previsibilidade e a segurança jurídica.”, em Recursos repetitivos realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. *Revista de processo*. São Paulo, v. 191, ano 36, jan. 2011. p. 188.

4 No mesmo sentido, a posição de FÁBIO VICTOR DA FONTE MONNERAT: “A uniformização, não obstante não seja o único, é o papel precípua dos tribunais superiores, do STF, tratando-se de questões constitucionais, e do STJ, nas questões infraconstitucionais, não submetidas à jurisdição especializada. Essa vocação para a uniformização, característica dos órgãos de sobreposição, reflete-se nos principais mecanismos de acesso a essas cortes, os denominados recursos excepcionais, cujo cabimento e julgamento são marcados pela finalidade de tutelar, precipuamente, o direito objetivo [...] dar uniformidade à interpretação e aplicação às normas legais e constitucionais [...] Assim, os denominados recursos excepcionais são veículos viabilizadores de uniformização de jurisprudência, pois, mediante o julgamento desses recursos, os tribunais superiores visam a uniformizar a interpretação e aplicação do direito em todo território nacional.”. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim “et al.” (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 349.

tribunais de segundo grau e juízos monocráticos, dos precedentes do STJ. Firmado, num *leading case*, o posicionamento do STJ sobre determinada questão, impõe-se, para se assegurar a coerência, segurança e previsibilidade do sistema, que esse mesmo entendimento seja observado pelos juízes e tribunais locais. [...]

O julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, é um exemplo.

Trata-se de técnica voltada, ao mesmo tempo, à homogeneização da jurisprudência e à aceleração e simplificação do julgamento dos recursos pelo STJ. Valorização do precedente do STJ e racionalização do julgamento dos recursos especiais são ideais em que essa nova regra se sustenta.⁵

Inegável que, no julgamento dos recursos especiais repetitivos, há uma ampla discussão acerca do tema afetado, permitindo a atuação de diferentes agentes e a mobilização da Corte Superior de Justiça, de uma de suas seções ou da Corte Especial, para discussão aprofundada de uma matéria determinada; sem esquecer a função constitucional de uniformizar e ser o interprete último da legislação infraconstitucional.

1.2 Os objetivos do julgamento segundo os precedentes

O interesse, em se adotar mecanismos de julgamento segundo precedente, decorre desses permitirem a maior previsibilidade das decisões judiciais, conferindo maior segurança jurídica, em especial ante a uniformização do entendimento acerca de determinado tema; assim como, implicarem numa aplicação mais isonômica e célere da prestação jurisdicional.

Na verdade, a incerteza quanto à decisão a ser proferida pelo Poder Judiciário traz um inegável custo adicional, social e econômico, que a adoção de um precedente pode minimizar. A valorização do precedente permite numa forma de controle das decisões judiciais⁶. Tal controle

⁵ WAMBIER, op. cit., p. 188-189.

⁶ Nicolas Mendonça Coelho De Araujo e Helio Silvio Ourém Campos têm o mesmo entendimento: "Outro caminho possível e que já vem sendo paulatinamente implementado é a tentativa de controle por meio de vinculação de jurisprudência em um modelo inspirado pelo direito anglo-saxão, mas com o devido sincretismo peculiar ao Brasil e respeito as tradições de origem lusitana.", em Recurso especial repetitivo: paradigma e segurança jurídica. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo, v. 103, ano 20, mar./abr. 2012. p. 366.

decorre da própria composição do precedente, já que “todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”⁷.

Assim, fixados os fatos e verificada a *ratio decidendi* é possível afirmar a correção na aplicação de determinado entendimento; já que o afastamento de um precedente com elevada carga persuasiva ou vinculante só ocorrerá se demonstrado tratar-se de um caso diferente ou ante a necessidade de superação da tese delineada⁸.

De fato, na atualidade, o direito positivo está permeado de conceitos indeterminados, princípios e cláusulas gerais que geram um grau elevado de indefinição do exato conteúdo da norma jurídica. Tais institutos se fazem necessários ante as mutações cada vez mais rápidas e constantes do espectro social; em contrapartida, acarretam incerteza jurídica por permitirem a adoção de diferentes soluções para uma mesma situação fática. Daí, o relevante e fundamental papel da atividade do Judiciário para a construção do exato teor do texto normativo⁹.

7 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

8 Trata-se da adoção das técnicas do *distinhuishing* e do *overruled* utilizadas na *commom law*, conceituadas por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, no primeiro caso como o “método do confronto [...] pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma [...] assim, o precedente, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um precedente *in point*”; no segundo como a superação de um julgado por “ser considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*). A decisão que acolhe nova orientação incumbe de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante. É possível também, que sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, a nova decisão siga diferente vetor. Tem-se aí, embora mais raramente, uma revogação implícita do precedente (*implied overruling*), similar à ab-rogação indireta de uma lei”. Ibidem, páginas 174 e 176, respectivamente.

9 Outro não é o entendimento de JAMES MARINS quanto ao papel, em especial, das Cortes Superiores: “Realmente, entendemos também que os precedentes judiciais constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica, de casos concretos, embora careçam de força vinculante. É importante relevar, a tal propósito, a constante possibilidade de revisão da jurisprudência sedimentada não apenas por iniciativa dos órgãos jurisdicionais, mas, igualmente por provocação das partes interessadas. Ademais, cabe aos magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores revestidos da marca de definitividade o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não a desprestigiar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal.” Força persuasiva dos precedentes e legitimidade democrática do STJ e STF. In: ROCHA Valdir de Oliveira “et al.” (coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. 15. v. São Paulo: Dialética, 2011. p. 278.

Indiscutível, ainda, a função do Poder Judiciário como ator da introdução de novos conceitos para atendimento de situações sociais não reguladas, ainda, pelo direito codificado¹⁰.

Outra função primordial dos precedentes é a necessidade de se decidir não apenas o caso concreto, mas o tema, a questão jurídica com caráter de definitividade e universalidade¹¹.

Nesse contexto, o respeito aos precedentes reiterados e dominantes permite o controle da decisão judicial, evitando a proliferação de decisões contraditórias¹².

A adoção de técnicas de julgamento conforme precedente permite o controle da correção da decisão judicial, atribuindo maior previsibilidade e segurança, e, ao mesmo tempo, serve como mecanismo de aceleração da tomada de decisão.

De fato, firmada uma tese jurídica pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo, a aplicação dessa permite a solução mais rápida dos processos em trâmite e dos casos futuros; já que será aplicado o entendimento

10 JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI enfatiza que, historicamente, o precedente judicial consiste numa “forma de expressão do direito”, servindo, hoje, como uma forma de possibilitar o avanço da interpretação do texto legal, “[...] a produção jurisprudencial, antecipando-se, em muitas situações, à própria lei, tem ganheado relevância vital como fator de complementação e aperfeiçoamento das mais diversificadas legislações.”, op. cit., p. 27-28. Verificou-se isso de forma cabal na influência da jurisprudência brasileira quanto ao instituto da união estável, o qual começou pelo reconhecimento dos direitos da concubina, passando pela diferenciação dessa da sociedade de fato, até a aceitação, nos julgados e, posteriormente, na lei, do instituto da união estável como entidade familiar; e mais, recentemente, o reconhecimento dos direitos do companheiro na uniões homoafetivas. A jurisprudência atende a uma necessidade premente da adequação do ordenamento jurídico às realidades sociais do momento histórico.

11 Como bem anotado por CRUZ E TUCCI: “É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientações para casos futuros.”, op. cit. 25. Continua, destacando a questão da necessidade da “universalidade da justificação das decisões judiciais”, sendo que as “as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado [...] As cortes britânicas, sob tal perspectiva, pautam-se sempre ‘by a consequentialist reasoning’, valorando, na fundamentação qual solução ‘faz melhor sentido como um comando legal de abrangência geral.’”. op. cit, p. 176.

12 Assim, o pensamento de MONNERAT: “[...] Essa valorização é reflexo do reconhecimento da jurisprudência ou do precedente judicial como fonte do direito e da necessidade sistemática, imposta pelo princípio da isonomia, de que o Poder Judiciário ofereça a mesma resposta a todos os jurisdicionados que se encontrem em situação jurídica idêntica no plano do direito material. [...] Portanto, a uniformização jurisprudencial possibilita um duplo benefício à sociedade, pois, ao mesmo tempo, prestigia o princípio da isonomia, e segurança jurídica (no sentido de previsibilidade), e, além disso, autoriza legitimamente a aceleração da prestação jurisdicional, em casos semelhantes, gerando maior efetividade processual.”. op. cit., p. 347-348.

firmado sem necessidade da prática de atos desnecessários. Encurta-se o prazo do processo, seja pelo julgamento mais rápido em primeiro grau, seja pelo julgamento mais célere dos recursos interpostos.

Exemplo recente dessa situação foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos efeitos pretéritos do art. 4º, da LC nº 118/2005, referente ao prazo prescricional para repetição do indébito tributário. Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça havia pacificado, em sede de recurso especial repetitivo, a aplicação do prazo de cinco anos apenas aos pagamentos efetivados após a vigência da LC 118/05 (RESP 1.002.932/SP); no entanto, restou firmada a constitucionalidade, pelo Supremo no contexto da repercussão geral, do prazo quinquenal para qualquer ação proposta após a vigência da lei (RE 566621/RR), o Superior passou a aplicar imediatamente tal precedente (EDcl no Ag 1407045/SC).

Verifica-se desses casos dois aspectos interessantes acerca do papel atual desempenhado pelos precedentes no contexto jurídico. Um diz respeito à aplicação imediata pelos Tribunais locais do entendimento proferido, por primeiro, pelo Superior em sede de repetitivo e, depois, pelo Supremo em sede de repercussão geral, por meio de decisões monocráticas nos termos do art. 557 do CPC. Outro aspecto consiste na imediata adoção do entendimento consagrado no Supremo pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma a reconhecer a competência constitucional daquele para decidir acerca da constitucionalidade de determinada norma, em uma clara opção pelo *overruled* do seu próprio entendimento.

No caso relatado, restou evidente a força da hierarquia funcional e do respeito à estrutura organizacional¹³ e às missões constitucionais vislumbradas na Carta Maior.

Torna-se uma realidade prática à observância dos precedentes firmados, seja para o Juízo como forma de legitimar sua decisão e acelerar os julgamentos a serem proferidos; seja pelas partes para influir na decisão a ser proferida, para proceder ao controle daquela ou até promover a superação de eventual entendimento firmado, pelo desenvolvimento de novos e diferenciados argumentos, ainda, não objeto de análise.

13 Esse fenômeno é comum nos sistemas de precedente obrigatório, como destacado por CRUZ E TUCCI: “Além da força obrigatória do precedente (*binding precedente*), que é a conotação essencial de toda a teoria do *stare decisis*, vem ela também caracterizada por uma hierarquia funcional muito bem articulada. [...] O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as proferes. Normalmente, na experiência jurídica da *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).” op. cit., p. 170.

2 O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

2.1 Papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça como Corte de uniformização da interpretação da lei federal

O Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de efetivar a uniformização da interpretação da legislação federal, tendo o recurso especial papel fundamental¹⁴.

Nas palavras da Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI: “A Constituição outorga ao Superior Tribunal de Justiça, com primazia, as seguintes funções institucionais: defensor da lei federal e unificador da interpretação do direito federal comum.”¹⁵.

Nesse sentido, o recurso especial não deveria ser entendido como o exercício de um novo grau de jurisdição, uma via recursal aberta a qualquer caso em razão do simples inconformismo da parte com o acórdão proferido em segunda instância.

No entanto, a prática se mostrou diversa, restando ao Superior Tribunal de Justiça o encaminhamento de milhares de feitos todos os anos. Como consta das notícias veiculadas no próprio site do Tribunal, segundo as quais, em 2012, “Foram realizados mais de 360 mil julgamentos, entre decisões colegiadas e monocráticas.”^{16 17}.

Evidente, portanto, o desvirtuamento da Corte, a qual se tornou uma terceira instância ante o inconformismo das partes.

14 Outra não é a lição de ARAKEN DE ASSIS: “Além de preservar a integridade do direito federal, tarefa inerente ao federalismo, o recurso especial atua como mecanismo apto a garantir a uniformidade da interpretação emprestada, nos tribunais locais e regionais, àquele direito. Neste aspecto, o recurso especial se aproxima do recurso de cassação: não visa à justiça do caso, mas vela pela exata observância das leis, regulando a jurisprudência.”. *Manual de recursos*. 3. ed. revista, atualizada, e ampliada de acordo com as Leis 12.016/2009 e 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 787.

15 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os recursos especiais repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-C do CPC. *Revista da AGU*. Brasília, Escola da Advocacia Geral da União, n. 22, ano VIII, p. 53, out./dez. 2010.

16 Disponível em: <http://www.stj.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=108150&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

17 Vejam-se as observações da Ministra NANCY FÁTIMA ANDRIGHI: “A situação criada pelo excesso de ações em torno do mesmo tema era, e, ainda, é pernicioso, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes. A repetição de julgamentos idênticos amplia a produtividade individual de cada juiz, transmitindo a falsa ideia de que são decididas variadas questões de direito. No entanto, os recursos com elevado grau de complexidade acabam sendo relegados a segundo plano, e, em detrimento da produção intelectual dos julgadores, o trabalho jurisdicional passa a ser direcionado para atender a demanda de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos. Como resultado desta distorção, vê-se, inevitavelmente, um tratamento desigual aos jurisdicionados.” op. cit., p. 53.

O art. 543-C permite, em certa medida, restaurar essa missão constitucional e, também, impor uma maior vinculação, ainda que não obrigatória, aos precedentes da Corte, com a nítida função de diminuir o número dos processos, em especial recursos especiais referentes às mesmas matérias já definidas pelo Tribunal¹⁸.

Já, em 19/12/2012, o Superior Tribunal de Justiça anunciou a diminuição de feitos recebidos, tendo crescido o número de julgamentos pela sistemática do recurso repetitivo¹⁹.

Esses números devem aumentar, considerando a criação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) pelo Superior Tribunal em janeiro de 2013²⁰, com os objetivos de identificar as matérias controvertidas e promover a seleção dos feitos.

Portanto, a aplicação do art. 543-C do CPC possibilita a efetiva diminuição de feitos repetitivos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça; valoriza uma ampla discussão na Corte acerca de temas relevantes e tende a criar uma cultura de maior respeito aos precedentes dos tribunais superiores, possibilitando uma prestação jurisdicional mais isonômica e rápida.

O procedimento atende, assim, à função precípua do Superior Tribunal de Justiça: uniformizar a interpretação da lei federal. Tal

18 Em notícia veiculada em 03/09/2008, no site do Superior Tribunal de Justiça, foi informado o julgamento de “330 mil processos, sendo que havia a expectativa de a aplicação da Lei nº 11.672 solucionar cerca de 120 mil processos; restando indicado que apenas o primeiro tema afetado, envolvendo contratos bancários, significava a tramitação de cerca de 46.407 processos; enquanto que o terceiro caso, referente ao pagamento de imposto de renda sobre complementação de aposentadoria privada, abrangia cerca de trinta e seis mil processos”. Disponível em: < [http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89003&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=números de peso](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89003&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=números%20de%20peso)>. Acesso em: 23 jan. 2013. Tais números indicam de forma categórica a reiteração de temas na Corte Superior, ou seja, os mesmos temas - já pacificados no Tribunal - são objeto de recursos remetidos à Corte.

19 Vejamos: “Felix Fischer destacou que nesse ano o número de julgamentos seguindo o rito dos recursos repetitivos cresceu. O presidente [...] destacou que o aumento foi de 13% a mais que em 2011 na Corte Especial. Segundo Fischer, um passo importante para dar mais agilidade e qualidade aos julgamentos. [...] Juntando as Turmas, Seções e Corte Especial foram julgados 430 processos repetitivos, que passam a orientar os tribunais de todo o país na resolução de conflitos semelhantes. Foram publicados em 2012, mais de 80 mil acórdãos. Cada relator recebeu mais de oito mil novos processos. A média de julgamentos por relator ficou acima dos 10 mil. Como houve uma redução de 13% do número de processos recebidos pelo STJ nesse ano e o aumento dos julgamentos realizados, o volume de processos em tramitação caiu 7% em relação ao mesmo período de 2011. Até a metade de dezembro, mais de 300 mil processos tramitavam no Tribunal da Cidadania.”. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.p.texto=108146&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=360 mil julgamentos](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.p.texto=108146&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=360%20mil%20julgamentos)>. Acesso em: 23 jan. 2013.

20 Notícia veiculada no site do STJ em 15/01/2013. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=108329&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=nurer>. Acesso: 23 jan. 2013.

objetivo tem implicações na questão da estabilidade e da isonomia, já que fixada a interpretação correta (ou adequada naquele momento) pela Corte eleita pela Constituição, não há porquê os demais Tribunais e o primeiro grau não adotarem a solução perpetrada²¹.

Não se quer dizer que houve abolição do princípio do livre convencimento do magistrado, mas, ao contrário, restou assentada uma espécie de controle dessa decisão, indispensável num sistema de conceitos mais flexíveis e abertos, no qual a interpretação conferida pelo Poder Judiciário emite os exatos termos da norma aplicável.

O procedimento dos recursos repetitivos, portanto, pode ser visto como uma forma de restaurar o papel institucional do Superior Tribunal de Justiça, da sua função de uniformizador da interpretação da legislação federal. Mostra-se, também, instrumento hábil a diminuir o número de recursos direcionados à Corte pelo fomento do respeito ao precedente firmado naquela, o que produz, reflexamente, uma aplicação mais isonômica e, por vezes, mais célere da prestação jurisdicional.

2.2 A sistemática de julgamento do recurso especial repetitivo

Trata-se de procedimento de julgamento de recurso especial, quando identificada a existência de uma questão de direito presente em uma multiplicidade de recursos. Não serve à discussão de matéria fática, já que objetiva a fixação de tese jurídica.

O art. 543-C²² criou duas possibilidades de seleção dos recursos a partir da verificação da existência de uma questão de direito. A primeira, pelo Tribunal local, o qual ficou incumbido da seleção de um ou mais recursos que melhor representem as discussões em torno da questão que será julgada por amostragem (art. 543-C, §1º, do CPC); a segunda, em caso de omissão dos Tribunais locais, o próprio Ministro relator, no STJ, seleciona um ou mais recursos como paradigmas, verificando a existência de recursos repetitivos, com fundamento na mesma questão de direito, acerca da qual há jurisprudência dominante do Tribunal ou cuja matéria esteja afetada ao colegiado (art. 543-C, §3º).

21 JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Considerações sobre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 170, ano 34, abr. 2009. p. 154-155: “é de se esperar que com funcionamento da presente lei [Lei 11.672/2008] firme uma jurisprudência com horizontes sólidos e de desejável estabilidade. O norte da segurança jurídica em um Estado de Direito é fator de estabilidade das instituições e do desejável cotidiano de vida de um cidadão comum [...]”.

22 Além do art. 543-C do CPC, regula a matéria a Resolução nº 08, de 7 de agosto de 2008, e nº 17 de 4 de setembro de 2013 do Superior Tribunal de Justiça, editada com fulcro no §9º, do invocado dispositivo.

Nesse tocante, o aspecto mais importante e criticado consiste nos critérios subjetivos da seleção dos recursos paradigma. Tentando dar maior objetividade ao tema, o art. 1º, §1º, da Resolução nº 8/2008 dispôs que a seleção deve dar preferência aos processos que “contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”. Busca-se, portanto, a seleção de recursos bem fundamentados, com ampla gama de argumentos, assim como, acórdãos que tenham efetivado uma análise profunda do tema afetado.

De fato, como haverá um grande debate acerca do tema, sendo esse o objetivo desse procedimento, deverão ser selecionados, um ou mais (preferencialmente mais de um) recursos e acórdãos, cujas manifestações tenham analisado mais amplamente a questão, abordando os diferentes aspectos da matéria controvertida.

O objetivo é fornecer a mais ampla discussão acerca do tema, ocorrendo um verdadeiro debate na Corte Superior, de forma, que a questão de direito seja cuidadosa e analiticamente desenvolvida²³ de forma a produzir uma decisão que reflita uma análise acurada do tema, com profundidade e caráter de definitividade.

O Ministro Relator afeta um (ou mais) recursos ao julgamento da Seção Especializada ou da Corte Especial. Nesse último caso, quando a questão for de competência de mais d'e uma Seção, justifica-se a manifestação da Corte Especial em decorrência do procedimento

23 Assim, a posição da Ministra NANCY ANDRIGHI, acerca da finalidade do instituto, como instrumento apto a mais ampla discussão acerca do tema, permitindo, inclusive, a renovação de entendimento anteriormente firmado: “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 MP, dos próprios Tribunais de segundo 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 se pode olvidar a possibilidade de que um recurso representativo de controvérsia seja, justamente, o primeiro processo a instaurar determinada discussão no âmbito do STJ.”. *op.cit.*, p. 64-65.

objetivar a uniformização da interpretação da lei federal, o que impede o julgamento, apenas, pela Turma²⁴.

O Relator no Superior poderá determinar – ex officio – a suspensão nos tribunais de segunda instância dos recursos especiais que tratem da mesma controvérsia, da mesma questão de direito; pode, também, no caso de seleção pelo Presidente do Tribunal local, esse determinar a suspensão dos feitos similares no âmbito da Corte local (art. 543-C, §§ 1º e 2º, últimas partes).

O Superior Tribunal de Justiça enfatizou a necessidade da questão da suspensão ser objeto de expressa manifestação pelo Ministro Relator para que a suspensão determinada no Tribunal local se estenda ao âmbito nacional. Tal se verifica do julgado proferido na Reclamação 3652/DF²⁵.

O §6º do art. 543-C deixa expresso o poder do Ministro Relator de determinar a suspensão dos feitos em trâmite na segunda instância; no entanto, silencia quanto aos recursos já remetidos ao Superior Tribunal.

Tal omissão acarretou discussão acerca dos efeitos da decisão de suspensão do Ministro Relator quanto aos feitos já ingressos na Corte. Restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de suspensão dos recursos especiais já encaminhados à Corte (como se verificam nos julgamentos dos AgRg no REsp 1115068/RS, AgRg no REsp 1327009/RS, EDcl no Ag 1170729/PR).

A suspensão em segundo grau tem como objetivo evitar a remessa de inúmeros feitos ao STJ e, também, evitar a prática de atos que se mostrem, ao final, desnecessários. Nesse sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO DE MEDEIROS defendem a correção da suspensão inclusive como imposição do princípio da isonomia, a fim de evitar decisões contraditórias²⁶.

24 Observa ATHOS GUSMÃO CARNEIRO que há “ponto relevante, o da competência: como se trata de ‘recurso-piloto’, e considerada a finalidade de unificação da jurisprudência no STJ e de orientação aos tribunais de segundo grau, o julgamento não será feito na Turma, mas, sim será competente, em se cuidando de matéria sob especialização, a respectiva Seção; em se tratando de matéria de incidência geral, o julgamento será feito em Corte Especial”. op. cit., p. 107.

25 Nesse sentido, a posição de NANCY ANDRIGHI: “A importância de tal julgamento é evidente, pois acrescenta ao juízo de admissibilidade nos recursos representativos de controvérsia a necessidade de exame do cabimento ou não da extensão dos efeitos da suspensão anteriormente determinada a todo o país, o que deve ocorrer se a tese tiver impacto em mais de um estado da federação.”. op. cit., p. 63.

26 “Sob uma perspectiva teleológica, o fim colimado pelo art. 543-C, §§ 1.º e 2.º, não é apenas, aquele de desobstruir os tribunais superiores, mas, até mesmo acima disso, homogeneizar as decisões, proporcionando, para situações iguais, igual solução. Em outras palavras, visa-se a assegurar prestação jurisdicional homogênea para processos em que se discute idêntica questão de direito.”. op. cit., p. 187. As referidas autoras advogam que não só o processamento do recurso especial estaria sobrestado, mas a “eficácia da decisão por meio dele impugnada”, nos termos do art. 266 do CPC.

Frise-se que o sobrestamento não colide com o princípio da razoável duração do processo, justamente porque a matéria de direito estará em debate no STJ e de forma preferencial, salvo recursos de réu preso e os pedidos de *habeas corpus*²⁷ (§ 6º do art. 543-C).

Com o objetivo de dar maior amplitude à discussão acerca do tema afetado, o Relator poderá, também, antes do julgamento, solicitar informações aos tribunais locais acerca da matéria (§3º do art. 543-C). Essas informações podem se referir “a dados estatísticos ou mesmo ao conteúdo do direito tratado no repetitivo”²⁸.

Já o § 4º, do art. 543-C, do CPC e o art. 3º, I, da Resolução, permitem ao Ministro Relator autorizar a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Trata-se de uma intervenção de *amicus curiae*²⁹, em decorrência do caráter mais objetivo desse julgamento.

O objetivo da possibilidade de manifestação é facultar a participação das entidades representativas de interesses, permitindo a mais ampla análise da matéria e a oportunidade de oferta de todos os argumentos possíveis, com o objetivo de alcançar a decisão mais apropriada³⁰. Inegável que essa participação permite uma mais ampla discussão garantidora do contraditório³¹.

27 WAMBIER, op. cit., p. 191.

28 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. Método: São Paulo, 2009. p. 56.

29 Essa a posição de MARCO ANTONIO DOS SANTOS RODRIGUES: “Com efeito, parece correto admitir-se a intervenção nessa qualidade de amigo da Corte, pois não se trata aqui de uma participação com o objetivo direto de defesa de um direito subjetivo [...] esses recursos buscam defender a adequada aplicação de lei federal ou da Constituição da República [no caso do recurso extraordinário], o que faz com que o objetivo imediato dessa intervenção seja permitir uma melhor análise da incidência do direito. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça admite apenas que entidades com representatividade atuem nessa condição de *amicus curiae*, de modo a evitar que não haja um desvirtuamento do instituto, com terceiro intervindo para a defesa de interesses pessoais.”, em A decisão de suspensão de recursos repetitivos em razão de recurso representativo de controvérsia: impugnabilidade e proteção em face de risco de dano. *Revista brasileira de direito processual – RBDPRO*. Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012. p. 116.

30 Nesse sentido, a decisão monocrática proferida na PET no REsp 1205946.

31 Esse o pensamento de MARCELA KOHLBACH DE FARIA: “É admissível a participação do *amicus curiae* no julgamento do recurso representativo da controvérsia. De fato, a participação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia é de absoluta relevância ao devido processo legal e ao contraditório, uma vez que o resultado do julgamento da questão jurídica aventada no ‘recurso modelo’ será aplicado aos demais recursos considerados de idêntico fundamento de direito. É evidente, portanto, o caráter coletivo, ainda que não representativo, dos recursos julgados por amostragem, uma vez que as decisões neles proferidas serão aplicadas a um bloco de recursos idênticos”. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil. Uma análise comparativa. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 209, ano 37, jul. 2012. p. 340-341.

Tal procedimento afasta as argumentações de violação do devido processo legal e da ampla defesa. Em verdade, todos os princípios regredores do processo civil permanecem válidos, havendo tão somente a necessária adequação desses às particularidades do novo instituto.

Nos termos do art. 3º, I, da Resolução, a participação é por meio de manifestação escrita; diferente do que ocorre, no âmbito da repercussão geral, em que há possibilidade de realização de audiência pública³².

Ainda objetivando um procedimento contraditório, será aberta vista ao Ministério Público por quinze dias. Justifica-se tal providência ante a presunção da existência de interesse público, posto se tratar de questão jurídica repetitiva³³. A ausência de intimação acarreta nulidade, por regência do art. 246 do CPC.

Nos termos do § 6º do art. 543-C, será comunicada a afetação aos demais Ministros integrantes do órgão julgador com cópias do acórdão recorrido, do recurso especial, das contrarrazões, da decisão de admissibilidade, do parecer do Ministério Público e das outras peças indicadas pelo relator como oportunas à discussão da questão jurídica e necessárias à formação do convencimento dos magistrados, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Resolução nº 8.

Julgado o recurso e publicado o acórdão, cessa a suspensão dos recursos sobrestados, sendo expedidos ofícios aos Tribunais locais para conhecimento do quanto decidido para que seja dado prosseguimento à sistemática de julgamento.

O julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos serve, portanto, para a fixação de uma tese jurídica a ser seguida. Assim, a posição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

No julgamento dos recursos especiais selecionados o STJ deverá, em um primeiro momento, fixar a tese jurídica a ser observada pelos tribunais locais ao aplicarem o §7.º do art. 543-C, em relação aos recursos especiais sobrestados, inclusive no que se refere à possibilidade de retratação. Em seguida, deverá julgar a causa, ‘aplicando o direito à espécie’, nos termos da Súmula 456 do STF. Vê-se que, quanto aos recursos sobrestados, a atuação do STJ será muito parecida à de um tribunal de cassação, na medida em que se

³² O Projeto de Lei nº 8046/10 (Projeto de novo Código de Processo Civil), em trâmite na Câmara dos Deputados, passa a prever a possibilidade de audiência pública, com depoimento de pessoas com renomado conhecimento na questão discutida (art. 1.051, §4º). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2013. Informa-se, ainda, que todas as menções ao projeto poderão ser conferidas nessa mesma indicação.

³³ SERAU JUNIOR, op. cit., p. 58.

terá definida apenas a tese a ser aplicada pelo tribunal a quo, no reexame da decisão recorrida.³⁴

Caso haja processos já distribuídos no Superior, o Ministro Relator poderá decidir nos termos do art. 557 do CPC; se não distribuídos, serão julgados pelo Presidente, como determinado no art. 5º, I e II, da Resolução nº 8. Consiste em claro exemplo da horizontalização do precedente. Nos casos dos recursos especiais sobrestados nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, será aplicado o quanto disposto no § 7º, incisos I e II, do art. 543-C. Exemplo da verticalização da força do precedente.

Se o acórdão recorrido divergir do quanto firmado no julgamento do Superior, o feito será novamente encaminhado ao órgão julgador (câmara ou turma do Tribunal local) pela Presidência ou Vice-Presidência local. Esse poderá reconsiderar sua decisão, ajustando-a a orientação da Corte Superior^{35 36}.

34 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 310.

35 ATHOS GUSMÃO CARNEIRO enfatiza que não há apreciação do recurso especial pelo órgão proferidor do acórdão no Tribunal local, em razão da sua incompetência constitucional, mas um mandamento legal “no sentido de que o tribunal prolator do acórdão divergente da orientação do STJ proceda a um ‘juízo de retratação’, novamente examinando o recurso ordinário e podendo, visto que livre a vontade do juiz, operar ou não a reconsideração do julgado. Se o mantiver, o recurso especial subirá ao STJ, uma vez satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.”, op. cit., p. 108. Verifica-se, nesse tocante, uma importante questão acerca da ausência de verificação da admissibilidade do recurso especial interposto; ou seja, a Turma ou Câmara que emitiu o acórdão se pronunciará adequando, ou não, a decisão ao paradigma, sem fazer análise acerca, por exemplo, do atendimento do requisito do prequestionamento. Em verdade, não há mesmo um juízo de admissibilidade do recurso especial, mas o mero encaminhamento ao órgão julgador do recurso inicial. Esse aspecto é muito revelador do caráter persuasivo, embora não vinculante, da sistemática adotada. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ressalta, ainda que haverá novo juízo de admissibilidade do recurso especial, apenas, no caso em que o julgamento do repetitivo ocorreu após ser proferido juízo positivo de admissibilidade pela Presidência do tribunal local e antes do encaminhamento ao STJ; já que nesse caso será reexaminada a decisão local para denegar seguimento ao recurso.

36 Vejamos a crítica de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Esta orientação poderia, sob certo ponto de vista, conduzir a um resultado aparentemente indesejável: o de que a solução adotada pelo STJ em recursos especiais selecionados venha a beneficiar a parte que interpôs recurso inadmissível, mas cuja inadmissibilidade ainda não tenha sido constatada, no juízo *a quo* (caso, como se disse acima, o Tribunal *a quo* se retrate, em relação às decisões impugnadas pelos recursos cujos procedimentos foram sobrestados). Parece, no entanto, que esta opinião condiz com a finalidade do instituto, na medida em que permite que uma mesma solução fixada no STJ, que diga respeito a situações repetidas em vários casos, seja aplicada à maior quantidade possível de esferas jurídicas, o que é mais consentâneo com o princípio da isonomia. Se assim não fosse, haveria o risco de serem ajuizadas tantas ações rescisórias quantos fossem os casos de recursos especiais não admitidos.”, em *Recurso especial*, op. cit., p. 310.

A nova sistemática de julgamento trouxe, portanto, novo efeito ao recurso especial, um efeito regressivo de retratação pelo órgão julgador local, já que concede a possibilidade do próprio Tribunal de origem reconsiderar, retratar, seu posicionamento.

Tal efeito decorre da força atribuída ao precedente firmado pela sistemática repetitiva, que, embora não vinculante, traz forte persuasão.

Embora não conste, expressamente, do texto legal³⁷, caso a turma ou câmara não se retrate, deverá fundamentar o porquê manteve sua a manifestação anterior, demonstrando as razões pelas quais afastou o entendimento firmado na Corte Superior. Tal necessidade de justificação decorre da própria sistemática de fortalecimento dos precedentes e impõe a adoção dos institutos do *distinguishing*, com a indicação clara das razões que diferenciam o caso específico do paradigma, e do *overruled*, sendo evidenciada a existência de argumentos diferenciados não levados à consideração da Corte Superior e hábeis a alterar o quanto fixado.

Há de se frisar, ainda, que o entendimento firmado em sede de recurso repetitivo deve ser aplicado a todos os feitos relativos a mesma questão jurídica mesmo que não sobrestado anteriormente, já que aquele decorre de procedimento especialmente voltado a construção de um precedente paradigma.

Caso seja mantido o acórdão recorrido em confronto ao entendimento do Superior será dado prosseguimento ao processamento do recurso especial, com análise da sua admissibilidade (§9º do art. 543-C). A aplicação do entendimento colacionado no repetitivo depende do prévio exame da admissibilidade do recurso interposto, ou seja, que a controvérsia jurídica tenha sido expressa e devidamente debatida no acórdão recorrido e objeto de impugnação nas razões do recurso interposto³⁸. Permanece hígido o requisito do prequestionamento, no caso de remessa dos autos à Corte Superior.

No entanto, se o acórdão recorrido estiver consonante com o entendimento da Corte Superior, será proferido juízo negativo de admissibilidade do recurso especial (§7º, art. 543-C, do CPC).

37 O Projeto de Lei nº 8046/10, num movimento da maturação do controle dos precedentes e para evitar o desrespeito a esses e, ao mesmo tempo, impedir o engessamento da jurisprudência, prevê a obrigatoriedade de a não aplicação do precedente vir devidamente fundamentada, restando demonstradas as razões de superação do precedente ou apontada as causas de distinção do caso particular em relação aos demais (art. 1.053, §1º e art. 520, §9º).

38 SERAU JUNIOR, op. cit., p. 63.

Quanto a essa negativa de seguimento, a doutrina já apontou tratar-se de verdadeira análise do mérito do recurso especial³⁹. Ocorrerá como uma espécie de antecipação da decisão que seria proferida pela Corte Superior.

Conclui-se, portanto, que o recurso especial repetitivo serve como cenário para uma mais ampla e profunda discussão acerca de determinada questão jurídica na Corte Superior, com o objetivo de fixação de um entendimento a ser utilizado como paradigma para outros feitos, pendentes de julgamento e futuros, por meio da aplicação do precedente firmado. É técnica, assim, que permite a uniformização da jurisprudência, criando um cenário para a aceleração da resolução dos outros feitos referentes à mesma questão jurídica.

3 CRÍTICAS AO JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM E OS INSTITUTOS DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Críticas ao julgamento por amostragem

O julgamento por amostragem permite a redução do número de feitos que asseverbam os tribunais e permite uma aplicação mais isonômica das normas. No entanto, é necessário que haja um diálogo entre certeza/segurança e necessária evolução do papel do Judiciário.

De fato, há uma forte crítica (e até mesmo um risco) quanto à possibilidade de estagnação da visão jurisprudencial, cerceando o papel do Judiciário na construção de respostas às insistentes e incontáveis mudanças dos quadros sociais e fáticos; por outro lado, critica-se, também, a alteração abrupta de entendimentos já consolidados.

Quanto ao problema das alterações abruptas de entendimento da jurisprudência e o desrespeito aos precedentes internos e dos já consolidados nas instâncias inferiores, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER destaca a necessidade de que “os Tribunais superiores *não sejam tribunais de grandes viradas*: é necessário que *respeitem* a sua própria jurisprudência.”⁴⁰.

JAMES MARINS analisou diversos temas de direito tributário, nos quais a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela

39 Nesse sentido, a posição de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “A solução prevista no § 7.º do art. 543-C refere-se, a nosso ver, apenas e tão somente ao julgamento do *mérito* do recurso especial, e não à sua admissibilidade.”, em Recurso especial, op. cit., p. 307.

40 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o projeto de lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. In: Moreira, Alberto Camiña et. al. (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 726.

constitucionalidade seja pela inconstitucionalidade de determinado tributo, divergiu do entendimento firmado ao longo de anos nos Tribunais Regionais e pelo Superior Tribunal de Justiça⁴¹, para proceder severa crítica a tais alterações:

Na verdade, mais que isso, a falta de apreço dos próprios Tribunais Superiores pelo esforço realizados em outros órgãos jurisdicionais, sobretudo dos Tribunais regionais, pode indicar a existência de autêntica crise de legitimidade, não apenas para o fator persuasivo, mas, o que é pior, inclusive para a eficácia geral coercitiva de determinada classes de decisões judiciais, como se verá abaixo.⁴²

As críticas apontadas pelos autores demonstram que não basta a mera adoção de técnicas de julgamento segundo um precedente, para que haja maior isonomia e celeridade, com a entrega de um prestação jurisdicional mais justa e efetiva; faz-se necessária que a fixação do precedente paradigma seja definido num contexto de ampla discussão consciente e profunda do tema objeto de deliberação, de forma que aquele represente a cultura jurídica madura e contundente de determinado momento histórico, a fim de que reste legitimado o efeito vinculante ou persuasivo atribuído.

JAMES MARINS aponta, ainda, o sério problema da troca de “decisões individuais e concretas por enunciados gerais e abstratos” pelo Poder Judiciário, sem que ocorra “a adoção de critérios gerais que atribuam segurança e razoabilidade à sua adoção”⁴³.

Para minimizar essa problemática, o referido autor elege critérios, que nos parecem válidos e necessários para atribuir a determinado precedente força persuasiva e vinculativa a outros feitos; todos são critérios que buscam evitar o cerceamento de defesa, garantindo o

41 Resumidamente apontamos: (1) a inconstitucionalidade do FUNRURAL previsto no art. 25 da Lei 8212/91 com redação conferida pelas Leis 8540/92 e Lei 9528/97 reconhecida no RE 363.852 pelo Supremo, mesmo tendo o Superior, em suas duas turmas considerado constitucional; (2) a fixação da incidência de COFINS para as prestadoras de serviço profissional pelo Supremo no julgamento do RE 381.964/MG, em que restou afastado o entendimento consolidado na Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça; (3) a declaração de inconstitucionalidade do conceito de faturamento para PIS/COFINS após as arguições de inconstitucionalidade nos Tribunais Regionais terem concluído pela constitucionalidade. Para a consulta dos dados específicos verificar JAMES MARINS, op. cit., p. 186-187. Outro exemplo que podemos dar é a questão da incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos em dinheiro a título de vale-transporte, já pacificada no Superior Tribunal de Justiça, e cuja inconstitucionalidade foi reconhecida no julgamento do RE 478.410/SP pelo Supremo.

42 MARINS, op. cit., p. 187.

43 MARINS, op. cit., p. 191-193.

devido processo legal, vejamos: (1º) “debate jurisprudencial quantitativa e geograficamente representativo”; (2º) “debate jurídico qualitativamente completo”⁴⁴; (3º) “debate jurisprudencial temporalmente maduro”⁴⁵; (4º) “adequação prescritiva do enunciado” com o conteúdo dos acórdãos⁴⁶.

É necessário, portanto, por um lado, que se adote a técnica da *common law* de efetiva análise crítica para aplicação do precedentes, restando justificados e expostos os motivos que diferenciam o caso concreto do paradigma e, não só isso, quando se fizer necessário, reste demonstrada a necessidade, por motivos de alterações histórico-sociais ou legislativas, de superação do entendimento antes firmado⁴⁷.

O Projeto de novo Código de Processo Civil previu diversos institutos e princípios a serem seguidos, como a possibilidade de modulação de efeitos no caso de alteração de entendimento jurisprudencial⁴⁸, a fundamentação na alteração de tal entendimento, a veiculação ao precedente.

Patente, portanto, a preocupação de introduzir no novo Código de Processo Civil regulamentação acerca dos critérios e princípios que

44 “Deve-se poder concluir com segurança que os diversos argumentos doutrinários e jurisprudenciais foram considerados adequadamente, refutados ou acatados expressamente nos acórdãos que formam os paradigmas do enunciado sumular, de repetitividade ou de repercussão geral.” MARINS, op. cit., p. 192.

45 “Os enunciados somente podem ser adotados se seu conteúdo estiver suficientemente sedimentado no tempo, ou seja, devidamente consolidado através de sucessivas apreciações pelo mesmo tribunal, em lapso de tempo adequado para o amadurecimento da posição pretoriana que se pretende enunciar com caráter geral. Nesse sentido, o tempo é elemento de segurança jurídica, especialmente quando se tratam de decisões que deverão amparar súmula com efeito vinculante ou capaz de gerar o bloqueio recursal ou, ainda, capaz de descartar a repercussão geral de certa matéria, e, desse modo, com potencial para afetar o modo de julgamento de milhares ou mesmo milhões de relações jurídicas conflituosas. O debate jurisprudencial imaturo, utilizando como fundamento para prescrições enunciativas gerais, desafia o princípio da razoabilidade do tempo no processo, invadindo irremediavelmente o campo da inconstitucionalidade.” MARINS, op.cit., p. 193.

46 “O enunciado geral deve representar a síntese exata do conteúdo analítico e prescritivo dos precedentes”. MARINS, op. cit., p. 193.

47 Nesse sentido, a previsão trazida pelo Projeto de Lei nº 8.046: “Art. 510. § 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. do Projeto nº 8.046/2010”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc.pdf>>. Consultado em 26.11.2013. As futuras referências ao Projeto ou seus artigos podem ser conferidas nessa indicação.

48 Como se verifica da redação do art. 520, §5º, do Projeto nº 8.046/2010.

49 Tal como indicado por TERESA ARRUDA ALVIM: “Outro princípio precisou, portanto, se enunciados: *alterada a jurisprudência dominante ou pacificada do STJ ou do STF, o que deve ser feito considerando o imperativo da estabilidade das relações jurídicas, poderá haver modulação dos efeitos dessa alteração*”, em seu Anotações, op. cit., p. 726.

devem nortear a construção de um precedente paradigmático, com a possibilidade da revisão dos entendimentos firmados, assim como, da vinculação a ser adotada nos diferentes graus de jurisdição⁵⁰.

Parece-nos, portanto, que, de fato, há um amadurecimento da doutrina do precedente no direito brasileiro, com vista a criar mecanismos de legitimação do precedente com caráter vinculativo; assim como, criar meios de controle da aplicação e da revisão dos entendimentos firmados, de forma a afastar eventual engessamento da interpretação jurisprudencial os Tribunais.

3.2 Os institutos do projeto de novo Código de Processo Civil

Na atualidade, há grande discussão acerca da elaboração de um novo Código de Processo Civil, sendo que o Projeto de Lei nº 8.406/2010, em votação e trâmite na Câmara dos Deputados, buscou consolidar as tendências já adotadas na doutrina e na jurisprudência, intentando entre os seus objetivos dar maior efetividade ao sistema processual, principalmente, com a simplificação do sistema recursal com fins a dar maior celeridade aos feitos⁵¹.

Na exposição de motivos do Projeto restou clara, também, a importância de se harmonizar a interpretação pelos tribunais das normas jurídicas, assim como, o respeito à jurisprudência das Cortes Superiores.

Identificado que “A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”⁵², o projeto buscou criar uma “tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores [como] é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável”^{53 54}.

50 Nesse sentido, a posição de LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA ao comentar aspectos do projeto: “Também nessa finalidade de obter maior efetividade processual, bem como, de assegurar isonomia e segurança jurídica, o projeto prevê normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, sobretudo em casos de demandas repetitivas [...] A mudança de entendimento na jurisprudência há de observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das situações jurídicas.”. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 193, mar. 2011. p. 260.

51 Assim, MARCELA KOHLBACH DE FARIA, op. cit., p. 342, ao sintetizar os objetivos do projeto de novo Código: “combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e amplo prestígio à jurisprudência.”.

52 Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novo_cpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 18 de mar. de 2013. p. 9. As demais referências à exposição de motivos podem ser conferidas nessa indicação.

53 Exposição de motivos, op. cit., p. 10.

54 Confirmam-se os termos da própria exposição: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que

Nesse cenário, destacam-se dois institutos: a nova normativa dos recursos especiais repetitivos e novo incidente de resolução de demandas repetitivas, já que a problemática da multiplicidade de feitos fundados em mesmas questões de direito apresenta papel fundamental na questão do acúmulo de serviço dos tribunais, em grande parte em decorrência do desrespeito aos precedentes firmados. O Projeto traz, ainda, a previsão de um capítulo para regulação do precedente judicial.

No primeiro, a novidade especial está na vinculação obrigatória, por lei, à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (ou, no caso do recurso extraordinário repetitivo, fixada pelo Supremo Tribunal Federal), e na suspensão de todos os feitos em primeiro e segundo grau de jurisdição que versem acerca da mesma questão de direito.

O projeto intentou dar maior força ao princípio de que as decisões dos tribunais superiores são paradigmáticas, como destaca TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Na verdade existe e sempre existiu princípio ínsito ao sistema processual e não só ao brasileiro: decisões dos tribunais superiores são paradigmáticas, ou seja, devem nortear os demais órgãos do Poder Judiciário. Esse princípio, aliás está expressamente formulado no Projeto.”⁵⁵.

No incidente das demandas repetitivas, criou-se a possibilidade dos Tribunais de 2º Grau fixarem, no âmbito da sua competência, a

estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que *moldem* o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. [...] A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: “Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver *modulação* dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. [...] Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.” Exposição de motivos, op. cit., p. 7-9. Evidente, portanto, o prestígio atribuído francamente ao papel da jurisprudência e, em especial, dos precedentes dos Tribunais Superiores.

55 WAMBIER, Anotações, op. cit., p. 726.

tese jurídica a ser seguida, criando maior previsibilidade e segurança às decisões jurisdicionais⁵⁶.

Criou-se um capítulo para tratar especificamente do precedente judicial, a partir do art. 520.

De fato, o Projeto impõe como dever a observância dos precedentes, inclusive fixando uma hierarquia entre esses (art. 520), começando pelas decisões proferidas no controle concentrado de inconstitucionalidade e passando, também, pelas emanadas no julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos e nas proferidas nos incidentes de demandas repetitivas; criando um capítulo de regramento da aplicação, observância e superação do precedente, sempre de forma fundamentada.

Traz previsão de possibilidade de modificação do entendimento firmado, sempre que houver revogação, modificação da norma jurídica ou alterações econômico-sociais relevantes (§2º, art. 520). Prevê que a própria alteração de entendimento sedimentado deve decorrer de uma ampla discussão, com audiências públicas e participação de órgãos e entidades com conhecimento na matéria decidida (§3º, art. 520).

Inegável, portanto, a força, que passará a ser por expressa disposição de lei, dos precedentes judiciais formulados no julgamento dos recursos repetitivos e no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Outro aspecto importante e inovador trazido pelo Projeto passou a ser a admissão da manifestação de *amicus curiae*, inclusive, em primeiro grau sempre em que houver possibilidade de repercussão social quanto à matéria ou o objeto da demanda tiver uma especificidade, em seu art. 138 do Projeto⁵⁷.

Nota-se, portanto, uma clara opção por trazer ao novo Código de Processo Civil a regulação da observância dos precedentes firmados, em obediência à hierarquia do órgão jurisdicional que profere o entendimento, assim como, uma preocupação em indicar a necessidade

56 LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA sintetiza que: “À exemplo do que sucede com a proclamação de inconstitucionalidade, o incidente de resolução de causas repetitivas provoca um julgamento *abstrato* da questão jurídica submetida ao crivo do tribunal. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva, sendo certo que a decisão do tribunal irá fixar a *ratio decidendi* a ser seguida não somente no caso concreto que lhe deu origem, mas também em todos os demais casos que envolvam a mesma questão jurídica.”, op. cit., p. 268. O incidente tem nítida função preventiva, sendo instaurado quando identificada controvérsia com potencial para acarretar multiplicidade de processos relativos a uma idêntica questão de direito e, por conseguinte, com risco de serem produzidas decisões conflitantes, gerando insegurança jurídica.

57 “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.”.

de fundamentação específica tanto na criação quanto na alteração do precedente firmado, sempre com o objetivo de garantir maior segurança e previsibilidade na prestação jurisdicional.

3.2.1 O recurso especial repetitivo no projeto de novo Código de Processo Civil

O Projeto manteve a sistemática do julgamento dos recursos repetitivos, extraordinário e especial, regulando-os, conjuntamente (a partir do art. 1.049 e seguintes).

As maiores novidades estão (i) no efeito vinculante da decisão proferida (art. 1.053, III), sendo que a não aplicação do precedente deverá ser fundamentada (§1º do art. 1.053⁵⁸), restando demonstrada a superação ou distinção do caso; (ii) na suspensão de todos os feitos, inclusive em primeiro grau, pelo prazo de um ano (art. 1.050, II, §§ 4º e 5º⁵⁹); (iii) na obrigatoriedade do acórdão analisar todos os fundamentos suscitados na tese discutida, favoráveis e contrários (§5º, art. 1.051⁶⁰); (iv) na previsão expressa da possibilidade de interposição de agravo de instrumento, no primeiro grau, ou interno, se no Tribunal, nos casos em que a suspensão do recurso ocorrer erroneamente, após o indeferimento do requerimento de prosseguimento⁶¹, deve restar demonstrada a distinção entre a questão discutida no processo suspenso e o recurso afetado (art. 1.050, §§ 9º, 10, 13); (v) além da participação escrita, será possível audiência pública para depoimentos de pessoas com conhecimento na matéria (§4º, art. 10.51); (vi) possibilidade de desistência, antes de proferida sentença sem anuência do réu (art. 1.054).

58 “Art. 1053. III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior. § 1º Para fundamentar a decisão de manutenção do acórdão divergente, o órgão que proferiu o acórdão recorrido demonstrará a existência de superação ou distinção, nos termos do art. 521, §§ 2º e 9º.”

59 “Art. 1.050. II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; § 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e o habeas corpus. § 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de um ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do caput, cessam automaticamente a afetação e a suspensão dos processos em todo o território nacional, que retomarão seu curso normal.”

60 “§ 5º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários.”

61 “§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º cabe: I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II – agravo interno, se a decisão for de relator.”

Há forte crítica quanto à suspensão dos processos em primeiro grau e dos demais recursos, considerando que existirão casos em que se mostrarão necessárias medidas urgentes, como a antecipação de tutela ou medidas cautelares⁶². No entanto, inegável que a suspensão evita a prática de atos que se mostrem, ao final, desnecessários ante a tese fixada no precedente.

Outro ponto crucial consiste no dever de adoção da tese definida no repetitivo, cuja observância passa a ser vinculante, como se verifica para LUIZ RODRIGUES WAMBIER e RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS⁶³:

não se prevê a simples possibilidade de o tribunal local se retratar, diante da orientação adotada pelo Tribunal Superior, mas, sim, impõe-se aos tribunais de origem a observância da tese firmada no STJ ou no STF. Há, pois, previsão de vinculação dos tribunais de origem ao que se decidiu no recurso especial ou no extraordinário.

Essa vinculação, para os referidos autores, seria inconstitucional, considerando que a Constituição Federal previu apenas para as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal o efeito de vinculação obrigatória, nos termos do seu art. 103⁶⁴. Sem essa previsão constitucional, faltaria ao recurso repetitivo, seja no Superior, seja no Supremo, autorização constitucional para impor efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Como haverá vinculação, previu-se, no art. 1.050, I, §2º do Projeto, a necessidade do relator identificar de forma precisa a matéria a ser julgada pela sistemática dos recursos repetitivos, restando vedada a extensão desse efeito vinculante a outros temas.

Percebe-se, portanto, uma maturação do instituto, com ganho expressivo da sua força vinculativa e da sua extensão.

62 Nesse sentido, a posição de LUIZ RODRIGUES WAMBIER e RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS: "Para nós, é inequívoco que a suspensão dos demais recursos, no primeiro e segundo graus de jurisdição, poderá causar à parte lesão grave e de difícil recuperação. Pensamos, por exemplo, nos casos em que devam ser deferidas medidas de urgência, não se podendo aguardar o julgamento do recurso afetado, ainda que isso se dê respeitando-se o princípio constitucional da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXIII). A tutela de urgência, inclusive a antecipação da tutela recursal, deve ser concedida imediatamente, sob pena de se violar outra garantia constitucional: a da inafastabilidade do controle da jurisdição (CF, art. 5º, XXV).", em Recursos especiais repetitivos: a disciplina proposta no Projeto de Lei n. 166 de 2010 (novo CPC). In: MOREIRA, Alberto Camiña Moreira "et al." (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 551.

63 WAMBIER, Luiz, op. cit., p. 548.

64 WAMBIER, Luiz, op. cit., p. 551.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que a dispersão de decisões judiciais traz descrédito ao Poder Judiciário e insegurança jurídica, além de morosidade. Nesse cenário, a adoção de um precedente paradigma construído de forma legítima, com ampla participação dos interessados e com respeito ao contraditório, pode mitigar esses aspectos, permite um maior controle da decisão judicial e tende a promover uma prestação jurisdicional mais isonômica, na medida em que restringe a possibilidade de soluções diferentes para uma mesma questão.

O recurso especial repetitivo consiste em instituto emblemático de tal sistemática, em decorrência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça como órgão máximo da interpretação e uniformização da legislação federal.

Inegável o excesso de recursos encaminhados à Corte Superior, com destaque para o número excessivo de feitos relativos a uma mesma questão de direito. Tal quadro é sintomático da perda do sentido da missão constitucional da Corte, servindo o instituto a restaurar essa função, diminuindo o número de feitos e concentrando a atividade da Corte numa efetiva e profunda discussão jurídica com vistas a produzir um entendimento hábil a carregar a marca da definitividade e adequação, de modo a que possa ser utilizado como paradigma legítimo para solução de outros casos, pendentes e futuros.

O instituto surge como mecanismo de fortalecimento do precedente da Corte Superior, com vistas à promoção de uma prestação jurisdicional mais justa, célere e isonômica.

No entanto, constatou-se que não basta a mera adoção de técnicas de julgamento segundo um precedente, para que haja maior isonomia e celeridade, com a entrega de uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva; faz-se necessária que a fixação do precedente paradigma seja definido num contexto de ampla discussão consciente e profunda do tema objeto de deliberação, de forma que aquele represente a cultura jurídica madura e contundente de determinado momento histórico, a fim de que reste legitimado o efeito vinculante ou persuasivo atribuído.

Nesse sentido, parece caminhar o Projeto de novo Código de Processo Civil, em particular, a regulação do precedente judicial, dos recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas em segundo grau.

Diante do todo exposto, inegável a importância da construção, adoção e superação do precedente, em especial do formado pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, com objetivo de atender aos dilemas do controle da decisão judicial, da isonomia e da prestação jurisdicional célere, sem descuidar da efetividade e justiça da mesma.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os recursos especiais repetitivos no STJ: um breve balanço do primeiro ano de aplicação do art. 543-C do CPC. *Revista da AGU*. Brasília: n. 22, ano VIII, out./dez. 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetitivos e o deságio do Judiciário: rescisória contra interpretação de lei federal. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 183, ano 35, maio 2010.

ARAUJO, Nicolas Mendonça Coelho de; CAMPOS, Helio Silvio Ourém. Recurso especial repetitivo: paradigma e segurança jurídica. *Revista tributária e de finanças públicas*. São Paulo, v. 103, ano 20, mar./abr. 2012.

ASSIS, Araken. *Manual de recursos*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com as Leis 12.016/2009 e 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8046/10 da Câmara dos Deputados (Projeto de novo Código de Processo Civil)*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Exposição de motivos ao Projeto de Lei nº 166/10 do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Consultas Jurisprudências*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 193, ano 36, mar. 2011.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Recursos repetitivos no novo Código de Processo Civil. Uma análise comparativa. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 209, ano 37, jul. 2012.

MARINS, James. Força persuasiva dos precedentes e legitimidade democrática do STJ e STF". In: ROCHA, Valdir de Oliveira Rocha "et al." (coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. v. 15, São Paulo: Dialética, 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim "et al." (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A decisão de suspensão de recursos repetitivos em razão de recurso representativo de controvérsia: impugnabilidade e proteção em face de risco de dano. *Revista brasileira de direito processual – RBDPRO*. Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Recursos especiais repetitivos: a disciplina proposta no Projeto de Lei n. 166 de 2010 (novo CPC). In: MOREIRA, Alberto Camiña "et al." (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o projeto de lei n. 166/2010, para um novo Código de Processo Civil. In: Moreira, Alberto Camiña "et al." (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. Recursos repetitivos realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2.º grau. *Revista de processo*. São Paulo, v. 191, ano 36, jan. 2011.



A NECESSIDADE DE INSERÇÃO DE ELEMENTOS DE CONTENÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

THE NEED FOR CONTAINMENT'S ELEMENTS ON SPECIAL APPEAL

*Morgana Lopes Cardoso Falabella
Procuradora Federal
especialista em Processo Civil pela Escola da AGU
e Escola da PGE/SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Mudança de paradigmas;
2 O Superior Tribunal de Justiça; 3 Elementos de
contenção; 4 Obstáculos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa a possibilidade de inserir elementos de contenção no âmbito do Recurso Especial, como a repercussão geral e a súmula impeditiva de recursos. Esta medida tem por objetivo otimizar o trabalho do Superior Tribunal de Justiça, de modo que fique restrito às causas singulares e de maior complexidade, com o fim de uniformizar o Direito e atender aos comandos constitucionais referentes à igualdade e à duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso Especial. Mudança de Paradigmas. Acesso à Justiça. Elementos de Contenção. Repercussão Geral. Súmula Impeditiva de Recursos.

ABSTRACT: This paper analyzes the possibility of adding containment's elements on Special Appeal, as the general repercussion and precedent barring appeals. This measure aims to optimize the work of the Superior Court of Justice, restricting it to peculiar and complex cases, in order to standardize the law and meet the constitutional provisions related to equality and reasonable duration of process.

KEYWORDS: Special Appeal. Paradigm Shift. Access to Justice. Elements of Containment. General Repercussion. Precedent Barring Appeals.

INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas vivenciam uma verdadeira crise de gigantismo no tocante à judicialização dos conflitos por diversas razões.

No Brasil, a cultura demandista, o aumento da população e por consequência do consumo de bens, a previsão na Constituição Federal da garantia do acesso à justiça e de mecanismos para o controle judicial dos atos administrativos, a consolidação dos direitos de terceira e quarta gerações, e o surgimento dos microssistemas de tutela dos direitos coletivos, elevaram a litigiosidade de tal sorte que a estrutura existente em termos de número de julgadores e infraestrutura física do Poder Judiciário não conseguiu acompanhar.

Segundo Mancuso¹:

a explosão da litigiosidade, que estigmatiza a sociedade contemporânea, apresenta complexa etiologia, passando pela possível existência de povos naturalmente propensos e receptivos à regulação estatal (refletindo-se, *pour cause*, num reduzido arcabouço normativo), a par de outros mais resistentes às regras de conduta, cujos países, por isso mesmo, superabundam em normas, muitas delas sobrepostas e até supérfluas, o que dificulta sua compreensão, tanto pelos operadores do Direito como pela população em geral.

Analisando a explanação de Mancuso, reconhece-se a sociedade brasileira como aquela resistente às regras de conduta, de modo a justificar a inflação de leis no ordenamento jurídico.

Ocorre que, a superprodução normativa contém muitas normas mal redigidas e desnecessárias, que sequer são aplicadas, gerando a ausência de credibilidade e efetividade do ordenamento.

Ao passo que a população cresce e cada vez mais demanda pela Justiça Estatal, o Poder Judiciário se abarrota e deixa de cumprir sua função constitucional, qual seja fornecer a prestação jurisdicional de qualidade, eficiente e num prazo razoável.

A prestação jurisdicional tem se caracterizado como um serviço genérico e sumariado, sem grandes reflexões, ante a preocupação em se resolver o maior número de causas possíveis.

Acrescente-se o fato de que ainda que numerosos o litígios levados ao Poder Judiciário, não se trata de um acesso realmente utilizado por muitos. Na verdade, cuida-se de parcela pequena face ao número de conflitos

1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução de Conflitos e a Função Judicial*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. p. 45.

existentes na sociedade. Certamente a maior parte dos litígios sequer se judicializam, o que demonstra o ceticismo na justiça, mas também nos faz refletir sobre como seria se mais pessoas resolvessem buscar as cortes.

Neste sentido, Maria Teresa A. Sadek², ao avaliar a relação de processos que chegam ao Judiciário e são julgados, em especial pelos Tribunais Superiores:

O Judiciário é um serviço público de primeira grandeza, muito utilizado, apresentando uma tendência de crescimento ainda em seu movimento ascendente. [...] Tanto a sociedade brasileira não possui esse grau de organização e autonomia quanto o Judiciário não sofreu qualquer reforma que implicasse a abertura de suas portas para a maior parcela da população. Desta forma, a explicação deve ser buscada em outra parte. Ou seja, talvez tenhamos que recolocar o problema, salientando que, mais do que a democratização no acesso ao judiciário, defrontamo-nos com uma situação paradoxal: a simultaneidade da existência de demandas demais e de demandas de menos; ou, dizendo-se de outra forma, poucos procurando muito e muitos procurando pouco. (MANCUSO, Rodolfo de Carmargo, 2010 apud Sadek.)

O texto acima transcrito chama a atenção para o fato de que, embora o acesso à justiça seja garantido a todos os cidadãos brasileiros, e os Tribunais estejam abarrotados de processos, a maior parte da população está fora da justiça estatal, ou seja, a justiça acaba por servir a uma pequena parcela da sociedade.

Mas além de números, a crise existente atualmente diz respeito ao excesso de entendimentos dissonantes em causas idênticas no âmbito do Poder Judiciário, como se este fosse fragmentado em unidades independentes.

Dentro deste contexto, situa-se o Superior Tribunal de Justiça, tribunal superior, cuja função primordial consiste em tutelar o direito federal brasileiro, mantendo-o uniforme e soberano, mas encontra-se desvirtuado para atuar como casa revisora de causas muitas vezes sem importância e já pacificadas, em detrimento de causas singulares e complexas que se encontram à espera de uma solução, além da ausência de uniformização do direito federal a gerar profunda insegurança jurídica.

Com o escopo de reduzir a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e conferi-lhe mais qualidade, a doutrina tem apresentado algumas medidas a serem tomadas em conjunto, como o incentivo real das

2 SADEK, Maria Tereza. O judiciário e a prestação a justiça (estudo em conjunto com Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo). In: _____(org.). *Acesso à Justiça*. Disponível na Biblioteca da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, publ. Konrad Adenauer Stiftung, volume de pesquisas nº 23.

técnicas alternativas de solução de conflitos, o aumento da estrutura física do Poder Judiciário, a digitalização integral do processo judicial, alteração na metodologia adotada para a seleção de magistrados, e alterações legislativas como a inserção de filtros de contenção aos recursos especiais.

A partir da análise da situação atual da Justiça Brasileira, o presente trabalho visa a estudar a possibilidade de inserção de filtros de contenção no recurso especial, a fim de que sejam afastadas da apreciação do STJ as causas pacificadas e de menor relevância, e possa este tribunal superior se ater com mais tempo às questões mais complexas e singulares com o fim de uniformizar o direito federal, criando precedentes de qualidade para as instâncias inferiores e promovendo a estabilidade jurídica.

CAPÍTULO I

1 MUDANÇA DE PARADIGMAS

O acesso à justiça não pode ser interpretado como um incentivo à busca pelo Poder Judiciário, mas como serviço residual existente à disposição do cidadão, preordenado a atuar subsidiariamente, sob pena de caracterizar-se numa oferta generalizada e, portanto, irreal, da prestação jurisdicional.

Não só no Brasil, mas em lugar algum do mundo, o Estado é capaz de responder a todos os reclames de uma sociedade inteira. Por se tratar de um serviço público específico, que demanda estrutura complexa e de qualidade, há que ser prestado somente em hipóteses que, por sua natureza ou determinação legal, exijam a análise do Poder Judiciário.

Mancuso³ de forma clara chama atenção para o fato de que a garantia do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, XXXV⁴, da Carta Magna, consiste na verdade em uma oferta de prestação jurisdicional a quem a reclame. Ou seja, trata-se de um direito subjetivo público exercido em face do Estado e não um dever.

E é justamente por se tratar de um direito subjetivo, que o vencedor da causa no âmbito da justiça estatal pode abrir mão do cumprimento da sentença ou que o titular de um direito pode optar pelo juízo arbitral em detrimento do Poder Judiciário.

3 MANCUSO, op. cit., p. 400.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Neste sentido Calmon de Passos⁵ (MANCUSO, 2010, p. 62, apud José Joaquim Calmon de Passos), ressalta que a sobrecarga do Judiciário:

É fruto do incentivo à litigiosidade que uma leitura incorreta, *data venia*, da Constituição, somada à falta de sensibilidade política dos três Poderes, determinou a partir de 1988 e vem-se agravando progressivamente. Do dizer-se que nenhuma lesão pode ser subtraída do Poder Judiciário colocou-se nossa democracia de ponta-cabeça e hoje poder mesmo é o detido por aqueles que o povo não elege, não participa do seu recrutamento e sobre os quais não tem nenhum poder de controle - o Judiciário, o Ministério Público e a Mídia.

Pois bem, por se tratar de um direito e não um dever, é que corriqueiramente ouvem-se vozes bradando pela adoção das técnicas alternativas de solução de conflitos, de modo a retirar da Justiça estatal parte da carga de trabalho, com o fim de otimizar o serviço prestado pelo Poder Judiciário.

No entanto, seja mediante a autocomposição ou resolução em instâncias parajurisdicionais, tem-se verificado, ainda, uma certa resistência à sua adoção, de modo que ainda são bastante incipientes.

De fato, afigura-se urgente a quebra desta resistência, mediante a conscientização da população, a fim de que num primeiro momento os conflitos sejam submetidos aos meios autocompositivos ou heterocompositivos e, somente se não resolvidos, sejam levados à justiça.

Assim, com a adoção da conciliação, transação e mediação como meios principais de solução, certamente haverá uma redução significativa dos números representativos da judicialização dos conflitos.

Outrossim, seria salutar o incentivo à solução paraestatal dos conflitos de modo que suas decisões possam interagir de forma harmônica com a solução judicial, como ocorre com a decisão do juízo arbitral que pode ser executada na justiça estatal (art. 475-N, IV do CPC)⁶, decisões de cunho pecuniário proferidas pelos Tribunais de Contas (art. 71, §3º da Constituição Federal⁷ c/c art. 585, VIII, do CPC⁸)

5 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto do meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (coord). *Execução Civil – Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: RT, 2007.

6 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]]

IV – a sentença arbitral; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

7 § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

8 Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

[...]]

e decisões proferidas pelo Conselho de Administração de Defesa Econômica – CADE (art. 93 da Lei 12.529/11⁹ c/c art. 585 VIII do CPC) também executáveis no âmbito do Poder Judiciário.

Os tribunais superiores operariam como “órgãos de convergência”, segundo Dinamarco¹⁰, isto é, cuidando para que sua jurisprudência desempenhe um relevante valor agregado ao conduzir os conflitos de forma a prevenir a sua conversão em lides judiciais ou mesmo de acelerar o desfecho destas últimas.

[...] o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça recebem e julgam recursos contra acórdãos proferidos em todo o território nacional. [...] Essa grande abertura qualifica-os como os grandes responsáveis pela efetividade do direito nacional e uniformidade de sua aplicação. [...] De operação em operação e à medida que caminha em direção aos órgãos de superposição, a causa ou incidente vai recebendo influência dos precedentes dos tribunais destinatários do recurso subsequente (STF,STJ) ou dos outros tribunais do mesmo nível que o de origem. Dá-se, portanto um afunilamento, com redução de margens para divergências ou dispersões jurisprudenciais.

Medida bastante reclamada pelos estudiosos do processo tem sido no tocante ao aumento da infraestrutura do Poder Judiciário.

Verifica-se uma tentativa constante em se aumentar o número de magistrados e comarcas, com o escopo de interiorizar a Justiça, facilitando-se o seu acesso àqueles que estão distantes da capital ou de um grande centro, desfogando, conseqüentemente, estas comarcas.

Todavia, o incremento apenas da base material do Poder Judiciário não tem tido sucesso tendo em vista os demais fatores que contribuem para o seu atolamento, como a lenta implementação da digitalização processual, a seleção de magistrados com base apenas em conhecimentos teóricos específicos, sem análise de sua bagagem referente a conhecimentos gerais, e, ainda, o pouco incentivo à expansão da composição extrajudicial dos litígios.

O crescimento da estrutura física por si só tem gerando o efeito contrário, agravando a situação existente, “na medida em que o *aumento da oferta acaba por retroalimentar a demanda*, disseminando na população a falácia de que toda e qualquer controvérsia pode e deve ser judicializada¹¹”.

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

9 Art. 93. A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 460-461.

11 MANCUSO, op. cit., p. 13.

Diante, portanto, do aumento da oferta de comarcas e varas, sem outras alterações paralelas, mais pessoas têm buscado a justiça estatal para solução de questões passíveis de autocomposição ou heterocomposição, gerando a elevação indiscriminada de demandas que certamente desembocarão nos Tribunais Superiores.

Diante de tal cenário, tem se buscado promover alterações legislativas, com o objetivo de obter celeridade processual.

São exemplos a ampliação dos poderes do relator que, de acordo com o art. 557 do CPC¹², pode dar ou negar provimento ao recurso, em atuação individual de análise recursal de mérito; a sistemática dos recursos repetitivos, segundo a qual admitem-se um ou mais recursos representativos da controvérsia para o STJ, enquanto os demais restam sobrestados no tribunal de origem, nos termos do art. 543-C do CPC¹³; a inserção da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário, conforme art. 543-A do CPC¹⁴; a adoção da súmula vinculante, pelo art. 103-A da Constituição Federal¹⁵, dentre outros.

Grandes avanços já puderam ser sentidos por meio de tais alterações, mas ainda não são suficientes à garantia da efetividade da justiça, tida como uma justiça conferida a tempo de resguardar o direito subjetivo.

Respeitando o devido processo legal, é claro, urge que a retórica seja abandonada, que a teoria se aproxime da prática e que todos sejam mais realistas.

É preciso que se renove a visão do processo constantemente na busca pela celeridade e eficiência a fim de que se tenha uma justiça melhor

12 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 10-A 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

13 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

14 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

15 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

administrada em detrimento do excesso de conceptualismo. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶:

De todo o contexto sobressai a constatação de que a crise na Justiça estatal está arraigada e disseminada, presa a sistemas, valores e comportamentos resistentes às novas propostas, as quais sinalizam para novos paradigmas e novas formas de recepcionar e resolver os conflitos em modo menos impactante, menos oneroso e mais efetivo e duradouro.

Retratando a necessidade de alteração de paradigmas, como o que ocorreu com a inserção do julgamento monocrático em sede recursal, Dinamarco¹⁷ assim explanou quando da ampliação dos poderes do relator pela Lei 9.756/98:

A crescente opção pela singularidade do julgamento em diversas situações representa uma legítima tentativa de inovar sistematicamente na luta contra a lentidão do julgamento nos tribunais. Sabe-se que o aumento do número de juízes não resolve o problema, como já não resolveu no passado remoto e próximo. É preciso inovar sistematicamente. O que fez a Reforma e o que agora vem a fazer a lei de 1998 representa uma escalada que vem da colegialidade quase absoluta e aponta para a singularização dos julgamentos nos tribunais, restrita a casos onde se prevê que os órgãos colegiados julgariam segundo critérios objetivos e temperada pela admissibilidade de agravo dirigido a eles. Por outro lado, a também crescente valorização dos precedentes indica uma caminhada que se endereça a passos firmes a um resultado inevitável - que é a adoção do sistema de *súmulas vinculantes*.

Imperioso, portanto, que se destaque a necessidade em se alterar os paradigmas a fim de que doutrina e prática caminhem juntas. A teoria constante nos manuais muitas vezes é completamente dissonante da realidade forense, dificultando o processo de mudanças.

Paradigmas ultrapassados e retóricos têm contribuído para um judiciário abarrotado de processos, prestando um serviço de massa, em verdadeira produção em série, despido de qualquer qualidade e longe de ser eficiente.

Consoante afirma José Renato Nalini¹⁸:

¹⁶ MANCUSO, op. cit., p. 12.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda e JÚNIOR, Nelson Nery. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁸ NALINI, José Renato. Os três eixos da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado (AASP)*, n. 75. 2004. p. 67.

Todas as críticas se direcionam à Justiça, hoje considerada a mais disfuncional dentre as tarefas confiadas ao Estado. Ela é considerada lenta demais, inacessível aos excluídos, burocratizada, ineficiente e imprevisível.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se formalmente imbuído de relevantes funções, mas tem despendido a maior parte do tempo para solucionar demandas repetitivas, de massa e sem maior relevância, em detrimento de questões complexas e singulares que necessitam de maiores reflexões. Assim, a quantidade acaba por suplantar a qualidade, e a justiça que sempre foi lenta agora também é muitas vezes controvertida, ineficiente e desqualificada.

É medida de urgência trazer o Superior Tribunal de Justiça à sua posição real de tutor do direito federal, a fim de que organize o sistema jurídico, mediante a uniformização da interpretação desta gama infundável de leis federais, tendo em vista a segurança jurídica e o princípio da igualdade insculpido na Constituição Federal.¹⁹

Ademais, da mesma forma que está prevista constitucionalmente a garantia ao acesso à justiça, também é direito fundamental constitucional o direito à razoável duração do processo.²⁰

É cediço que justiça atrasada não é justiça, afinal, de nada adianta garantir amplo acesso ao judiciário se a resposta deste na maioria das vezes não possuir utilidade, ou seja, se a prestação jurisdicional não for efetiva.

CAPÍTULO II

2 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1 Origem

A ideia de criação do STJ surgiu a partir de uma reunião realizada em 1965 na Fundação Getúlio Vargas, presidida pelo Min. Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada pelos seguintes Juristas brasileiros: Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico

19 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

20 Art. 5º, inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Marques, Gilberto de Ulhôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.²¹

Segundo Carlos Mário da Silva Velloso²², o relatório dessa mesa-redonda está publicado na *Revista de Direito Público e Ciência Política* VIII, 2/134 e ss., da Fundação Getúlio Vargas, maio-agosto/65, segundo o qual se concluiu nos itens 9 e 10:

9. Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais, que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu, afinal, o assentimento de todos. Seria criado um unicotribunal, que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo em que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra atos dos ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados.

10. Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo tribunal, aliviando o STF de uma sobrecarga.

OSTF passava por uma crise²³, pois além da ser a corte constitucional, se deparava com o crescente número excessivo de processos, multiplicidade de recursos advindos de todas as partes do país e, ainda, com a perspectiva de aumento da litigiosidade, diante do processo de industrialização e aumento das atividades no setor terciário da economia.

Motivado pela sobrecarga de processos, o Supremo Tribunal Federal, embasado na ampliação das atribuições regimentais, conferidas pela Constituição de 1967²⁴, que previa em seu art. 119, parágrafo

21 Denominada Comissão dos Notáveis.

22 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais Online*. Revista de Processo v. 638, p.15, dez. de 1988. p. 1/14. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad6007a0000013d38f86bffa7901f65&docguid=I3c3e1670f25811dfab6f010000000000&hitguid=I3c3e1670f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

23 Segundo Alfredo Buzaid, “desde 1942 a nação fôra alertada para a crise do Supremo com as publicações feitas por Filadelfo Azevedo, Levi carneiro e outros iminentes juristas nacionais. Que o constituinte de 1946 não estava alheio ao problema, prova-o interesse com que procurou criar o Tribunal Federal de Recursos, a fim de desafogar a hipertrofia do Supremo Tribunal Federal.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2010 apud Buzaid, 1962. p.43)

24 Art 115 - O Supremo Tribunal Federar funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.
Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá:

único, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deveria dispor sobre o cabimento do recurso extraordinário, expediu regimento de número 4, a vigorar a partir de 1970²⁵, instituindo a arguição de relevância, o que limitou o cabimento do recurso extraordinário.

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
- d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. *As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie e valor pecuniário. (grifo nosso)*

Consoante artigo 308 do Regimento Interno:

Art. 308 — Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: [...]

Em 1975, o Regimento Interno²⁶ passou a indicar os casos de cabimento do recurso, tendo em vista a natureza, espécie e valor pecuniário da causa, entretanto, foi alvo de críticas, principalmente no ponto em que fixou a alçada para efeito do recurso extraordinário.

Em 1985 reduziu sobremaneira, consoante art. 325, o raio de ação do recurso extraordinário, ao restringir o seu cabimento às hipóteses das alíneas “a” e “d” do art. 119, III, da CF de 1967:

-
- a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras a, b, e, d, i, j e l, que lhe são privativos;
 - b) a composição e a competência das Turmas;
 - c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;
 - d) a competência de seu Presidente para conceder exequatur a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros.

²⁵ RISTF nº4 de 1970

²⁶ Emenda Regimental nº 3 de 1975 do STF.

Art. 325 - Nas hipóteses das alíneas “a” e “d” do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário: (Constituição anterior) (Alterado pela ER-000.002-1985)

I - nos casos de ofensa à Constituição Federal; (Alterado pela ER-000.002-1985)

II - nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; (Alterado pela ER-000.002-1985)

[...]

XI - em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal. (Alterado pela ER-000.002-1985)

Na grande maioria dos casos o recurso extraordinário somente caberia se fosse acolhida a arguição de relevância, pois esta seria a regra, já que as demais hipóteses constituíam exceção para um número muito reduzido de casos, pois somente as hipóteses das alíneas “b” e “c” do art. 119, III, da CF de 1967 não estavam sujeitas ao requisito da relevância. Nas palavras de Carlos Mário da Silva Velloso²⁷:

Restringiu-se, pois, sobremaneira o raio de ação do recurso extraordinário, restrição legítima, esclareça-se, tanto sob o ponto de vista jurídico quanto sob o aspecto sociológico. Sob o ponto de vista jurídico, a legitimidade da Emenda Regimental defluía da delegação legislativa conferida ao STF pela Constituição; e, sob o aspecto sociológico, porque estava evidente que apenas 11 ministros, não obstante doutos, sábios e infatigáveis no trabalho, não tinham condições materiais de conhecer de todos os recursos extraordinários interpostos das decisões dos tribunais federais e estaduais, num País cujo povo é judiciarista. Tornava-se necessário, pois, estabelecer óbices a esse recurso, sob pena de a Corte sucumbir diante da pletora de processos.

Consoante se percebe a arguição de relevância da questão federal consistia em requisito de inclusão, na medida em que, embora inicialmente não cognoscível o recurso, se estivesse presente a relevância, o recurso seria conhecido.

Sua inspiração remonta ao *writ of error*, previsto no Judiciary Act de 1795, dos Estados Unidos da América do Norte, posteriormente denominado *appeal* e ampliado pelo *writ of certiorari*, como forma de

²⁷ VELLOSO, op. cit.

levar à Suprema Corte daquele país o exame de decisões de tribunais estaduais.

Além da arguição de relevância, como escopo de reduzir a subida de recursos, a Corte Suprema exigia como requisito de admissibilidade do recurso excepcional o prequestionamento da questão federal (Súmula 282, 317 e 356) e, com base na Súmula 400, se satisfazia com a mera interpretação razoável da lei, ainda que não fosse a melhor, impedindo-se assim o conhecimento do recurso extraordinário.

Embora visando à redução da carga de trabalho, todas estas exigências quanto à admissibilidade do recurso extraordinário tornaram-no difícil, colocando-se os tribunais de justiça e tribunais regionais federais como cortes definitivas de julgamento na grande maioria dos casos, o que gerou uma insatisfação geral na classe advocatícia.

Diante de tal cenário, com o fim de liberar o STF para o exercício de sua missão maior, como a mais alta Corte de tutela da Constituição Federal, foi criado o Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, conforme seção III, do cap. III do título IV, artigos 104 e 105.

Segundo Dinamarco²⁸:

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído no Brasil em momento de grande desproporção entre a solicitação de serviços e a capacidade de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Eram mais de vinte Estados com seus Tribunais de Justiça e alguns de Alçada, mais o tribunal Federal de Recursos, mais os tribunais das Justiças Especiais da União, alimentando Supremo com causas que ali iam ter pela via do recurso extraordinário e agravos de instrumento (afora a competência originária e casos de recursos ordinários). A mais alta Corte do país, então como único órgão de superposição, era manifestamente insuficiente para colher tanta solicitação.

O Tribunal compõe-se de, no mínimo, 33 ministros nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: a) 1/3 dentre juízes dos tribunais regionais federais e 1/3 dentre desembargadores dos tribunais de justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio tribunal; b) 1/3, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público federal, estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 da Carta Magna²⁹.

²⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 249.

²⁹ Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira,

Em que pese tenha crescido e muito o número de processos que chegam ao tribunal superior, sua composição continua a mesma, o que acarreta uma sobrecarga crescente significativa para cada ministro.

Ainda que se aumentasse o número de ministros o problema não seria resolvido por não tratar a causa do mal, mas apenas remediar suas consequências.

Enquanto se garantir a subida de todo e qualquer recurso que cuide de direito federal ao STJ, sob o fundamento do amplo acesso à justiça, os processos somente aumentarão.

2.2 Recurso Especial

O STJ possui competência originária, ordinária e excepcional. Certamente a mais importante é a atribuição de guardião mor do Direito federal comum, prevista no art. 105, III, da Constituição da República.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

~~b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;~~

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

~~Parágrafo único. Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe, na forma da lei, exercer a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.~~

Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

O recurso especial é cabível para o Superior Tribunal de Justiça em face de decisões dos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça, do Distrito Federal ou Territórios, que contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal, que julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal ou que derem à lei federal interpretação diferente da que lhe haja dado outro tribunal.

Seus pressupostos de admissibilidade podem ser divididos em pressupostos genéricos e específicos.

Os genéricos são aqueles exigíveis para qualquer recurso interposto, quais sejam, a tempestividade, a legitimidade para recorrer e a regularidade formal do recurso.

Os pressupostos de admissibilidade específicos consistem na necessidade de a decisão recorrida ser acórdão proferido em única ou última instância por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça e no prequestionamento da questão federal no âmbito da instância anterior.

Trata-se de meio processual excepcional que visa a possibilitar a tutela do sistema jurídico, o direito objetivo infraconstitucional, diferentemente dos recursos ordinários em que se pretende ser reapreciado pelo Poder judiciário um direito subjetivo.

Considerando a dimensão do país e um inflado ordenamento jurídico federal, que aumenta a cada dia diante da intensa produção legislativa, o número de recursos especiais que chegam ao STJ, mesmo após passarem pelo exigente crivo dos juízos de admissibilidade, cresce assustadoramente³⁰.

2.3 Guardião do Direito Federal

Os Tribunais Superiores, ao aplicarem o Direito ao caso concreto, desempenham funções que vão além da resolução de um conflito específico. O que se tem na realidade é um conflito entre partes que conduz a matéria ao Tribunal a fim de que se posicione não em relação aos fatos, mas à tese jurídica aplicável.

Em razão disso, as atribuições de tutela do plexo constitucional, pelo STF, e do direito federal, pelo STJ, exigem decisões certas e únicas, a fim de que sirvam de parâmetro para as demais decisões judiciais.

³⁰ No primeiro semestre de 2011, “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”. Reportagem disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/52096/numero-de-processos-cresce+50%25+em+um+a+no+e+preocupa+stj.shtml>> Acesso em: 25 mar 2013.

Não possuem lugar decisões dúbias ou razoáveis, ante a necessidade de dizer com segurança e clareza qual a interpretação correta do Direito. A resposta dos Tribunais Superiores há de ser certa e clara, dirimindo-se o conflito com justiça e prevenindo-se futuros conflitos.

Da mesma forma, as decisões hão de ser uniformes, de forma a pacificar os entendimentos sobre a extensão-compreensão das normas, tendo em vista a necessidade do respeito à igualdade de todos perante a norma legal, consoante art. 5º, *caput* da Constituição Federal, que não se traduz em igualdade meramente formal, mas igualdade na aplicação da norma ao caso concreto.

A partir de decisões que garantam, segundo Mancuso³¹ (2010, p. 451) a “inteireza positiva, a autoridade, a validade e a uniformidade exegética da ordem normativa”, ter-se-á:

A preservação do interesse público na higidez e efetividade do direito federal constitucional e comum; a composição justa do conflito no caso concreto; a formação de precedentes que servirão como parâmetros para resolução das lides subsumidas nesses enunciados (jurisprudência dominante, súmulas, vinculantes ou persuasivas).

Retratando atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, José Manoel de Arruda Alvim Netto³²:

A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infraconstitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ.

O objeto primordial do recurso especial consiste na análise de questões de direito federal infraconstitucional, ainda que trazidas no âmbito de um caso fático. Ao passo que a decisão do tribunal *a quo* restringe-se às partes, a análise do Superior Tribunal de Justiça

31 MANCUSO, op. cit., p. 460.

32 NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista dos Tribunais Online*, Revista de Processo v. 96, out. 1999. p. 1/7. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d3bb0890f6419bff9&docguid=I15dd2d10f25611dfab6f010000000000&hitguid=I15dd2d10f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2886&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

transcende o mero interesse particular, de modo a fixar, inclusive, precedentes de entendimento.

A transcendência do recurso especial é ainda mais clara no procedimento dos recursos repetitivos, em que diante de vários recursos idênticos envolvendo a mesma questão jurídica, seleciona-se um recurso representativo da controvérsia para julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, e suspende-se o trâmite dos demais que ficam paralisados nos tribunais *a quo à espera da solução jurídica a ser proferida pelo Tribunal Superior*.

Justamente em razão da transcendência do recurso, impede-se, na hipótese dos repetitivos, o exercício da faculdade de desistir de sua interposição, prevista no art. 501 do CPC³³, conforme ressalta Nancy Andrichi³⁴:

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, sobrevivendo 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.

E como Tribunal destinado a dizer o Direito de forma a uniformizar as decisões das instâncias inferiores e conferir efetividade à justiça, o que inclui uma justiça célere e efetiva sob o ponto de vista individual, mas também sem contradições e segura, sob a ótica coletiva, o Superior Tribunal de Justiça consiste no referencial máximo em relação à interpretação da norma federal.

³³ Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

³⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos Repetitivos. *Revista dos Tribunais Online*, Revista de Processo, v. 185, jul. 2010. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d3bd0e2e52d6eb4d6&docguid=I9c4274c02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I9c4274c02d4111e0baf30000855dd350&spos=31&epos=31&td=829&context=11&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

Neste sentido Alvim Netto³⁵:

Avulta, por tudo quanto se disse, enormemente de importância o reflexo do conteúdo das soluções, em face de determinados pronunciamentos jurisdicionais, diante da posição ocupada pelo Tribunal na estrutura do Poder Judiciário, alojada no cume da sua pirâmide. Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, normalmente, circunscritas às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e, com isto, projetam-se o prestígio e autoridade da decisão nos segmentos menores da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. É nesta segunda perspectiva, em grau máximo, que se inserem, por excelência, as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Sendo o mais elevado Tribunal em que se aplica o direito federal infraconstitucional, ao afirmar a correta inteligência do direito federal - e é sempre isso que afirma o STJ e não outra coisa -, o valor e o peso inerentes a tais decisões é enorme, por causa da posição pinacular do STJ. Esta é a razão em virtude da qual tais pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a '*verdade do seu entendimento*' e nesta influido.

E tarefa tão importante exige análise cautelosa, o que inevitavelmente demanda tempo.

No entanto, a realidade concreta tem sido distinta, diante do elevado e crescente número de processos que chegam ao STJ sem qualquer relevância e muitas vezes com teses jurídicas idênticas e já pacificadas.

Nas palavras de Mancuso³⁶, "*a quantidade afeta a qualidade*, de sorte que não há como esperar uma resposta judiciária de bom nível num contexto de sobrecarga de processos."

Neste sentido Ives Gandra³⁷:

As cifras não podem ser vistas como sinal de eficiência na solução de conflitos, na medida em que o volume de causas pendentes de julgamento nessas Cortes é maior ainda do que as já julgadas, e a forma de julgamento, em verdadeira linha de produção, tem comprometido a qualidade das decisões.(MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2010, apud Ives Gandra, 2001, p. 907)

35 NETTO, op. cit., p. 1/7.

36 MANCUSO, op. cit., p. 428.

37 FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Critério de transcendência no recurso de revista – Projeto de Lei 3.276/00. *Revista LTR*, v. 65, n 8, ago 2007. p. 907.

É cediço que o tribunal encontra-se abarrotado de processos que prejudicam o bom desempenho dos julgamentos, e a continuar assim o destino da prestação jurisdicional está fadado à prestação de um serviço em série, ineficiente e repleto de carências, característica da justiça de massa.

Segundo informações recentes do sítio do Superior Tribunal de Justiça³⁸:

Dos processos que chegam ao STJ todos os dias – em média, 1.200 –, a Secretaria Judiciária faz a triagem e encaminha para o Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência (Nupre) os que possuem algum vício de admissibilidade, os que já tiveram a tese apreciada sob o rito dos recursos repetitivos ou tratam de matéria pacificada pelo Tribunal.

Atualmente, uma equipe de 18 servidores prepara os processos que não devem ser distribuídos para serem analisados pelos ministros e órgãos colegiados. Esses casos são decididos pelo presidente da Corte. (STJ, 2013)

A diferença entre a demanda de decisões judiciais e a capacidade de proferi-las só aumenta, e tem como resultado a morosidade. No Superior Tribunal de Justiça esse desequilíbrio é enorme. Conforme os dados acima transcritos, todos os dias chegam à corte, em média, 1.200 processos. No ano, são mais de 300 mil, distribuídos entre 33 ministros.

A situação de fato é dramática, pois além de haver o excessivo número de recursos que chegam ao Tribunal Superior diariamente, muitos deles já possuem entendimento pacificado ou restringem-se às partes, sem se tratar de algo mais relevante.

Acrescente-se o fato de ser necessário dispor de uma equipe de 18 servidores para preparar os processos que serão analisados apenas pelo Presidente da Corte, ou seja, para realizar a triagem dos recursos que sequer deveriam chegar ao Superior Tribunal de Justiça.

Com o escopo de atenuar a crise numérica de processos que chegam ao STJ, foi editada a súmula 203³⁹, em que se veda o acesso aos recursos especiais interpostos contra decisões providas dos Juizados Especiais e foi promulgada a Lei 11.672/2008 que inseriu no CPC o art.

38 Dados constantes do sítio do STJ: <http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108753>. Acesso em: 05 mar. de 2013.

39 Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

543-C⁴⁰, com o fim de racionalizar e uniformizar o trabalho do STJ, ao dispor acerca dos recursos repetitivos.

2.4 Recursos Repetitivos

Na tentativa de aliviar a sobrecarga de trabalho do Superior Tribunal de Justiça, e conferir celeridade ao processo, a Lei 11.672, de 08.05.2008, introduziu o art. 543-C⁴¹ ao Código de Processo Civil, que prevê o julgamento em conjunto dos Recursos Especiais que contenham a mesma tese jurídica.

Justificando a criação desta sistemática, Nancy Andrighi⁴² ressalta o mal que a cultura recorrista causa em termos de qualidade do trabalho a ser desenvolvido pelo STJ frente às questões complexas e singulares:

40 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

41 Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1o Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 2o Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 3o O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 4o O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 5o Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 6o Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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 (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 9o O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

42 ANDRIGHI, op. cit., p. 2/10.

A situação criada pelo excesso de ações em torno do mesmo tema era, e ainda é, perniciosa, pois consegue inverter a ordem natural do trabalho dos juízes. A repetição de julgamentos idênticos amplia a produtividade individual de cada juiz, transmitindo a falsa ideia de que são decididas variadas questões de direito. No entanto, os recursos com elevado grau de complexidade acabam sendo relegados a segundo plano, e, em detrimento da produção intelectual dos julgadores, o trabalho jurisdicional passa a ser direcionado para atender a demanda em massa de poucos e determinados escritórios de advocacia ou de partes que sobrecarregam o sistema judicial com uma avalanche de recursos. Como resultado dessa distorção, vê-se, inevitavelmente, um tratamento desigual aos jurisdicionados.

O presidente do tribunal de origem selecionará um ou mais recursos, que melhor retratem a controvérsia, e os remeterá ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos todos os demais processos que contenham recursos especiais idênticos até o pronunciamento definitivo deste Tribunal.

Consoante o § 2º do art. 543-C, não o fazendo o Tribunal de Origem, o relator do processo no superior Tribunal de Justiça “poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.”

Uma vez publicada a decisão do STJ, segundo o artigo 543-C, § 7º, do CPC, os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ou serão examinados pelo tribunal de origem se o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese se trate de mecanismo que impeça a chegada de recursos especiais no STJ, num primeiro momento o sistema dos recursos repetitivos não se trata de pressuposto de admissibilidade recursal. Isso porque, sob a ótica dos recursos represados, a tese jurídica que contém será analisada pelo Tribunal Superior.

Os recursos especiais não são inadmitidos por conta desta sistemática, mas apenas sobrestados, de modo que, se presentes os pressupostos de admissibilidade, serão ao final julgados.

Neste sentido Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes dos Reis⁴³ (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2010 *apud* Junior e Reis, 2009, p.81):

Não se trata de modalidade de *filtro* ou barreira para interposição de recursos [...], mas, antes, cuida-se de mecanismo/sistemática

⁴³ REIS, Silas Mendes dos; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ*. São Paulo: Método, 2009.

de julgamento em bloco de recursos especiais, voltado, especialmente, à consecução do *direito fundamental à celeridade processual* e ao aprimoramento da função especial do Superior Tribunal de Justiça.

Diferentemente, na hipótese dos filtros de contenção, os recursos especiais sequer seriam julgados, diante da ausência de repercussão geral ou em havendo súmula impeditiva de recursos, sendo a lide encerrada com a decisão coletiva da segunda instância.

Todavia, após gerado o precedente no âmbito dos recursos repetitivos, em relação aos recursos futuros será possível aplicar-se os artigos 557 e 544 do CPC, de modo a evitar a chegada do recurso especial ao STJ.

Mas, ressalte-se que a força deste precedente não se trata de aspecto exclusivo dos recursos repetitivos, mas característico da sistemática processual prevista nos artigos 557 e 544 do CPC.

Ademais, assim como a jurisprudência e as súmulas, as decisões geradas no julgamento dos repetitivos não possuem força vinculante.

Portanto, aparentemente seriam filtros para os recursos seguintes que tenham por objeto a matéria tratada no julgamento do recurso repetitivo, mas sem efeito vinculante, característica essencial da súmula impeditiva de recursos.

Em que pese tenha trazido um certo alívio ao STJ, que pode eliminar boa parte dos processos idênticos que empilhavam os escaninhos do Tribunal, ainda não foi o suficiente. Remanescem os recursos cuja matéria não possui qualquer relevância e muitas vezes, inclusive, pacificada.

As demandas continuam a chegar cada vez em número maior e o Tribunal continua com o mesmo número de ministros desde sua criação.

É dentro deste contexto, considerando-se a necessidade de otimizar o tempo do Superior Tribunal de Justiça com o fim de dedicar-se à atribuição que lhe foi conferida pela Constituição da República, que parte da doutrina defende a inserção de filtros de contenção aos recursos especiais a fim de evitar a chegada de recursos sem maior relevância e que estejam a discutir tese jurídica já pacificada no Tribunal Superior, nos mesmos moldes do que foi feito no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO III

3 ELEMENTOS DE CONTENÇÃO

O julgamento massivo das causas não condiz com as elevadas funções dos Tribunais Superiores. Além disso, traduzem uma falsa aparência de

eficiência, com a eliminação dos numerosos processos, diante do risco de julgamentos apressados, muitas vezes carentes de melhor exame e fundamentação, e considerando-se a possibilidade de inserção, no rol dos processos reunidos, de recursos porventura estranhos ao *thema decidendum*.⁴⁴

A prática judiciária demonstra ser inequívoca a necessidade de inserção de elementos de contensão no acesso aos Tribunais Superiores, tendo em vista a problemática existente num país continental, de população expressiva e constantemente em crescimento, como o Brasil, onde predomina a cultura judiciarista.

Tal providência afina-se à tese de que os Tribunais Superiores não se destinam a figurar como mais uma instância revisora das causas trazidas ao Judiciário, mas a ater-se às questões mais complexas de modo a servir de orientação para as controvérsias semelhantes já existentes, as que vierem a surgir e muitas vezes até impedir que surjam, ante a possível dissuasão na interposição do recurso.

No âmbito do STF e do TST é possível encontrar elementos de contensão vigentes, apresentando resultados bastante positivos.

O STF além de adotar a súmula vinculante, exige para o conhecimento do recurso extraordinário a presença de repercussão geral da questão discutida.

A repercussão geral possui o escopo de excluir da apreciação da Suprema Corte o recurso que não possua repercussão jurídica, política, econômica ou social, ou que não afronte súmula ou jurisprudência dominante, consoante artigo 102 § 3º da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a

⁴⁴ MANCUSO, op. cit. p. 435-443.

fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo nosso)

Na seara trabalhista, embora já seja feita uma boa filtragem das causas pelas Comissões de Conciliação Prévia, conforme art. 625 – D da CLT⁴⁵, o Tribunal Superior do Trabalho exige, para o conhecimento do recurso de revista, a presença do requisito da transcendência, também de natureza jurídica, política, econômica e social, nos termos do art. 896-A da CLT.

Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)

Cuida-se em ambos os casos de uma avaliação prévia necessária ao conhecimento do recurso, de modo que não se adentra no mérito da causa, mas cuida-se apenas de aferição quanto à sua admissão ou não.

Registre-se, ainda, que este mecanismo de contenção dos conflitos que não sejam relevantes é utilizado pelos Tribunais Superiores de países como Argentina, Estados Unidos, Alemanha e Japão.

Segundo, NETTO⁴⁶:

Nos Estados Unidos, entre outros textos de tribunais estaduais, há de apontar-se, fundamentalmente, a *Rule 19*, das *Rules of the Supreme Court of the United States*. Identificam-se os seguintes referenciais existentes a respeito, e, indicativos de ser uma questão *digna de ser submetida à Suprema Corte*, à luz de premissa fundamental, qual seja, a de que a avaliação do cabimento, por meio do *writ of certiorari* não é matéria de direito (vale dizer, é ato político)⁴⁷

45 Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

46 NETO, op. cit., p. 4/7.

47 Os critérios são eminentemente valorativos. Mais especificamente: 1. Será relevante a questão, quando Corte estadual houver decidido questão substancial, antes de determinação da Suprema Corte; 2. quando a Corte estadual tenha decidido provavelmente em desconformidade com o que consta de decisões da Suprema Corte (estas duas hipóteses estão na Regra 19, a); 3. quando uma Corte tenha decidido em conflito com decisão de outra Corte, sobre o mesmo assunto [há certa analogia com a hipótese do art. 105, III, c da CF/1988 (LGL\1988\3)]; 4. Se houver decidido a respeito de importante questão federal, que haveria de ter sido decidida pela Suprema Corte, mas não o foi (Regra 19, d); 5. ou, quando tenha decidido de tal forma, a conflitar com decisões aplicáveis da Suprema Corte; 6. Ou, quando tenha sido sancionado erro procedimental (de tal porte), por uma Corte inferior, a ponto de demandar o exercício do poder de supervisão da Suprema Corte (Regra 19, b). Tendo em vista os valores vitalmente assegurados nos Estados Unidos e em relação aos quais tem sido admitida a relevância, encontram-se os seguintes: (a) Poder Jurisdicional; (b) Sistema Federal; (c) Separação de Poderes; (d) Segurança Nacional e

Outro filtro de contenção consiste na súmula impeditiva de recursos, que objetiva evitar a subida de recursos sobre tese já pacificada em súmula editada pelo STJ.

Diante da instabilidade surgida no âmbito da Justiça estatal face às inúmeras decisões distintas para casos idênticos, é necessário que se resgate a unidade do Direito com o fim de garantir a segurança jurídica.

Assim, considerando-se a igual importância do Superior Tribunal de Justiça, como a *ultima ratio* em relação à interpretação correta do direito federal infraconstitucional, autores como José Manoel de Arruda Alvim Netto e Rodolfo de Camargo Mancuso defendem a inserção da repercussão geral no âmbito do recurso especial, bem como a súmula impeditiva de recurso, como forma de conferir uniformidade ao direito por meio dos precedentes vinculantes.

3.1 Repercussão Geral

A repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário foi introduzida no artigo 102 §3º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45 de 2004 e foi disciplinada pela Lei 11.418 de 19 de junho de 2006, que acrescentou os artigos 543 A e B ao Código de Processo Civil⁴⁸ e delegou ao

assuntos do Exterior; (e) Liberdades Cíveis e Processo Criminal e Liberdade; (f) Disciplina do Poder e da Liberdade de Comércio; (g) Devido Processo Legal substantivo e Proteção da Igualdade.” (NETTO, 1999. p. 4/7)

48 “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

Regimento Interno⁴⁹ do Supremo Tribunal Federal a regulamentação detalhada da matéria.

A repercussão geral estará presente quando as causas de índole constitucional contiverem questões relevantes sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, que se sobreponham ao interesse individual dos litigantes.

Com exceção do art. 543-A § 3º, do CPC, que traz presunção absoluta de repercussão geral na hipótese em que o recurso extraordinário impugnar acórdão cujo fundamento contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral consiste em conceito jurídico indeterminado a ser aplicado pelo julgador de acordo com cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal possui a competência exclusiva para avaliar o conteúdo da repercussão geral, limitando-se o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* a apenas verificar se está presente sua alegação na peça recursal ou não.

Embora a repercussão geral e a arguição de relevância objetivem restringir a cognição do recurso extraordinário, se diferenciam no sentido de que enquanto esta última destinava-se a incluir um recurso que originariamente não seria de conhecimento do Supremo, a repercussão geral visa a excluir o recurso extraordinário que não a contenha.

Enquanto na arguição de relevância o tribunal tinha que provar sua presença, na repercussão geral sua existência é presumida, somente podendo ser afastada por um quórum mínimo de dois terços dos membros da Suprema Corte, consoante art. 102 § 3º.

Conforme artigo 543 – A § 5º do CPC, “a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese”. Neste caso, uma vez decidido não haver repercussão

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

Art. 3º Caberá ao Supremo Tribunal Federal, em seu Regimento Interno, estabelecer as normas necessárias à execução desta Lei.

49 RISTF (ER 21 – DOU 03.05.2007)

geral no recurso paradigma, todos os recursos sobrestados serão automaticamente não admitidos.⁵⁰

Nos termos do art. 329 do RISTF (ER – 21 DOU 03.05.2007), a Presidência da Corte “promoverá ampla a específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito.”

Na hipótese dos recursos repetitivos, consoante artigo 543-B do CPC, cumprirá aos tribunais de origem a tarefa de procederem a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando o processamento dos demais, até o pronunciamento definitivo (artigo 543-B, § 1.º, do CPC).

Segundo o artigo 543-B, § 2.º, do CPC, uma vez declarada inexistente a repercussão geral, os recursos extraordinários sobrestados «considerar-se-ão automaticamente não admitidos».

Mas, de outro lado, se reconhecida a repercussão geral e julgado o mérito do recurso, todas os demais, cujo processamento foi sobrestado, serão apreciados pelos tribunais de origem, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. E na hipótese de assim não agir o tribunal, admitido o recurso extraordinário, o Supremo poderá «cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada» (art. 543-B, § 4.º, do CPC).

Dessa forma, possibilita-se a resolução de várias causas idênticas de uma só vez, evitando-se a chegada ao Tribunal Superior de inúmeras delas, bem como busca-se dissuadir a interposição de recursos extraordinários sobre temas que o STF já tenha considerado não conter a repercussão geral.

Tendo em vista os números apresentados pelo STF refletindo redução drástica do volume de processos que dão entrada no tribunal, no dia 5 de março de 2012 o Pleno do Superior Tribunal de Justiça aprovou proposta de Emenda Constitucional, de iniciativa do Ministro Teori Albino Zavascki, com o objetivo de instituir um filtro relativamente aos recursos especiais que são submetidos à Corte, apresentando a seguinte justificativa⁵¹:

Conforme se pôde depreender numericamente no caso da Excelsa Corte, quanto à distribuição processual, de 159.522 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois) processos em 2007 (ano em que a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, entrou em vigor, regulamentando infraconstitucionalmente o § 3º do art. 102, da Constituição Federal), reduziu-se para 38.109 (trinta e oito mil, cento e nove) processos em 2011.

50 Artigo 543 – B §2º do CPC, artigo 328 e parágrafo único do RISTF (ER – 21 – DOU 03.05.2007)

51 PEC 209/2012 disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/camara/files/2012/08/Tramitacao-PEC-209_2012.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

Verifica-se que houve uma redução de 76,11% no número de processos distribuídos ao Supremo Tribunal Federal após a instituição da repercussão geral.

Enquanto isso, no Superior Tribunal de Justiça, consoante o Conselho Nacional de Justiça⁵², somente no ano de 2011, deram entrada 295.102 processos, sendo 8.492 casos novos por ministro.

Dentre estes, encontram-se diversas questões de índole corriqueira, como multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone, ou seja, numerosos casos com teses já pacificadas pelo Tribunal.

A proposta de emenda à Constituição nº 209/2012⁵³ implica a transformação do parágrafo único do artigo 105 da Constituição da República em §2º e a introdução do § 1º:

Art. 105

.....

§ 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.

Segundo o ministro Ari Percendler⁵⁴, o STJ precisa recuperar sua vocação, que é uniformizar a interpretação da lei federal:

Um tribunal superior que julga mais de 300 mil processos por ano não exerce a função para a qual foi criado, que é decidir questões relevantes de direito federal. O que se vê hoje é que o STJ se tornou uma verdadeira terceira instância, o que torna a Justiça lenta e desacreditada.

52 Justiça em Números - CNJ. Relatório 2011 disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_stj.pdf> . Acesso em: 15 mar. de 2013.

53 No dia 27 de março de 2013 foi aprovada a PEC pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposta será analisada por uma Comissão Especial e em seguida será levada a Plenário, consoante informação contida no próprio sítio da Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/438721-CCJ-APROVA-EXAME-DE-RELEVANCIA-DE-RECURSO-ESPECIAL-APRESENTADO-AO-STJ.html>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

54 Entrevista dada pelo Ministro, segundo reportagem intitulada PEC da repercussão geral no STJ já tramita no Legislativo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795>. Acesso em: 15 mar. 2013.

Há também o Projeto de Lei 1343/2003⁵⁵ que estende ao STJ a necessidade de demonstração, no recurso especial, da repercussão geral da questão federal, nos moldes do previsto para o STF nos artigos 543-A e B do CPC⁵⁶, inseridos pela Lei 11.418/2006.

Ocorre que, tendo em vista tratar-se de restrição ao manejo de recurso de índole constitucional e de fundamentação vinculada, conforme *prelúdio Netto*⁵⁷, a alteração deveria ser dar via emenda constitucional.

Nas recentes reformas que têm sido feitas em nosso sistema processual se tem procurado - na medida em que isto tem sido possível *somente ao nível de reforma da lei ordinária* - minimizar o impacto decorrente do volume desse acesso à Justiça. Mas é evidente que, somente havendo espaço para o legislador ordinário ao nível infraconstitucional, encontra-se este limitado para uma solução verdadeira, em que se dotasse o Poder Judiciário, através do STJ, de um instrumento que realmente atingisse o cerne da questão. E um desses instrumentos é, indubitavelmente, a discriminação das causas entre relevantes e não relevantes.

A reforma do sistema processual a que se está procedendo, como se disse, acaba por padecer, talvez, em alguns pontos, do que se poderia designar como *limites ou barreira da contingência*, justamente porque o seu caminho e endereço não tem sido o de alterar a Constituição Federal (LGL\1988\3).

No recurso especial o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.

55 Cuja ementa é "Acrescenta o § 2º ao art. 541, do Código de Processo Civil - Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - com o objetivo de estabelecer requisitos para o conhecimento do recurso especial, transformando o parágrafo único em § 1º". A última movimentação consiste em despacho encaminhando o PL no ano de 2003 à Comissão de Constituição e Justiça, conforme está disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=121654>. Acesso em: 13 de mar. de 2013.

56 Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

[...]

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

57 NETTO, op. cit., p.3/7.

Outro elemento de contenção proposto por Mancuso⁵⁸, consiste na súmula impeditiva de recursos.

3.2 Súmula impeditiva de recursos

Na esteira de garantir-se a duração razoável do processo, a economia dos atos processuais e a uniformização das decisões, cogita-se da implementação da súmula impeditiva de recursos.

Consoante já mencionado, o ordenamento jurídico contemporâneo encontra-se inflado, tendo em vista o elevado número de leis vigentes, muitas vezes mal elaboradas e sujeitas a interpretações dúbias.

Além disso, considerando-se a impossibilidade de o legislador normatizar todos os eventos da vida cotidiana, verifica-se uma incidência maior de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais no texto legal.

Esta situação legislativa enseja uma criatividade maior por parte do magistrado, que necessita ter parâmetros, sob pena de casos idênticos possuírem decisões completamente distintas.

Neste sentido, vale salientar que Humberto Ávila (Lúcio Grassi de Gouveia Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, 2012 apud Humberto Ávila, 439-444) apresenta os cinco elementos que integram a aplicação do direito na concreção a) finalidade concreta da norma; b) précompreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão; e) precedente judicial.

Coloca-se em destaque, portanto, o precedente judicial, como a elaboração de uma tese jurídica com potencial de aplicar-se a uma infinidade de casos análogos, principalmente, na técnica legislativa das cláusulas gerais, como forma de conferir não só uniformidade à resposta jurisdicional, tendo em vista o princípio da igualdade de todos perante a lei como a segurança jurídica.

Como defende Marinoni⁵⁹, “o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei”.

Isso porque diante da maior amplitude de atuação do magistrado, o respeito aos precedentes é indispensável na jurisdição contemporânea.

Destaca-se que os precedentes judiciais existem em qualquer sistema jurídico, seja ele integrante da tradição jurídica de *civil law* ou

⁵⁸ MANCUSO, 2010, p.629.

⁵⁹ MARINONI, op. cit.

de *common law*. O que muda, nos diversos sistemas, é se os precedentes têm eficácia meramente persuasiva ou eficácia vinculante.

Segundo Lúcio Grassi de Gouveia e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior⁶⁰:

Assinale-se, por oportuno, que o sistemático desrespeito aos precedentes compromete o próprio Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias leis regendo a mesma conduta, o que indubitavelmente gera um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.

No mesmo sentido, Teresa Wambier⁶¹:

Temos convicção de que o sistemático desrespeito precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias “leis” regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.

Certamente a absoluta ausência de previsibilidade do Direito gera uma crise de insegurança jurídica na sociedade e leva à perda de credibilidade do Poder Judiciário.

Como assevera Teresa Wambier⁶², ao relacionar a uniformidade, a estabilidade e a igualdade:

Estabilidade, uniformidade e solidez são condições para a existência de *previsibilidade*. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes.

[...]

60 GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=83498>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

61 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista dos Tribunais Online*, Revista de Processo, v. 172, jun. 2009. p. 121. Disponível em: <[http://revistadotribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sruid=i0ad600790000013d934fda14878f78bd&docguid=1c9414a20f25711dfab6f0100000000000&hitguid=1c9414a20f25711dfab6f01000000000&spos=1&td=99&context=3&startChunk=1&endChunk=1](http://revistadotribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sruid=i0ad600790000013d934fda14878f78bd&docguid=1c9414a20f25711dfab6f010000000000&hitguid=1c9414a20f25711dfab6f01000000000&spos=1&td=99&context=3&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 21 mar. 2013.

62 Ibid., p. 121.

Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto.

Ora, é inegável que a adoção de uma cultura de respeito aos precedentes nos países de tradição romano-germânica, na medida em que proporciona a uniformização da jurisprudência, aumenta em muito a previsibilidade das decisões e, portanto, a segurança jurídica.

O sistema processual brasileiro já possui normas que têm por escopo conferir maior imperatividade aos precedentes, como são as previsões contidas nos artigos 518 §1⁶³ e 557⁶⁴, 544 §§ 3º e 4º ambos do CPC.

Enquanto o artigo 518 § 1º estabelece a possibilidade de o magistrado não receber o recurso de apelação interposto em face de sentença exarada nos termos das súmulas do STF ou STJ, o art. 557, que delimita os poderes do relator, permite que uma vez chegado o recurso no Tribunal, seja proferida decisão monocrática que negue provimento ao recurso quando manifestamente contrário à súmula de jurisprudência dominante dos tribunais, ou até mesmo dê provimento quando a decisão recorrida for manifestamente contrária à súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

Observa-se que, enquanto o artigo 518 §1º do CPC impede a chegada do recurso ao próprio tribunal, o artigo 557 do CPC permite

63 Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 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. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)

64 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

a ascensão do recurso ao segundo grau, mas finaliza-o em decisão monocrática se não houver agravo interno ao órgão colegiado.

Na mesma linha metodológica está o art. 544, §§ 3.º e 4.º, CPC (LGL\1973\5), dando poderes ao relator para julgar o recuso especial. Os requisitos são os mesmos: o acórdão de que se recorreu deve ser contrário a súmula ou à jurisprudência dominante do STJ.

Também o precedente criado pelo STJ no âmbito dos recursos repetitivos, a teor do que prevê o art. 543-C § 7.º do CPC, consiste em medida semelhante, ao se determinar que os recursos que contenham acórdão de acordo com o precedente do Tribunal Superior serão inadmitidos. Não por se tratar de um precedente diferenciado, mas por conta da sistemática contida nos artigos 544 e 557 do CPC.

Como se verá, estes precedentes não possuem efeito vinculante como previsto na proposta de emenda constitucional que pretende inserir a súmula impeditiva de recursos.

A súmula impeditiva de recursos está prevista na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 358/2005⁶⁵, em tramitação na Câmara dos Deputados. O texto, que introduz o artigo 105-A na Constituição Federal, estabelece que o STJ poderá, de ofício ou por provocação, aprovar súmula que impede qualquer recurso contra decisão que a aplique.

Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

65 Inclui a necessidade de permanência de 3 (três) anos no cargo para que o magistrado tenha direito à vitaliciedade na função; proíbe a prática de nepotismo nos Tribunais e Juízos; altera a composição do STM e incluindo competências para o STF e STJ; instituindo a «súmula impeditiva de recursos», a ser editada pelo STJ e TST - Reforma do Judiciário. Altera a Constituição Federal de 1988. A PEC encontra-se pronta para apreciação do Plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º São insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impositiva de recurso.

Portanto, para ser aprovada, essa súmula precisará dos votos de dois terços dos ministros e terá por objetivo a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia entre órgãos julgadores ou entre estes e a administração pública, gerando grave insegurança jurídica.

Registre-se, por oportuno, que não se tratam de decisões definitivas e imaculadas, mas sujeitas a alterações, consoante §2º do artigo 105 – A, acima transcrito, desde que devidamente fundamentadas, nos termos do que diz Marinoni⁶⁶, ao abordar tema relativo aos precedentes vinculantes do STF.

Não há dúvida que o STF, como qualquer tribunal que profira decisões que obriguem outros órgãos judiciais, pode revogar os seus precedentes. Não pode revogá-los em virtude de simples alteração pessoal na compreensão do direito ou da mera alteração na composição do Tribunal, com a saída de um ou alguns Ministros e a entrada de outro ou outros. Se isto fosse possível – como chega a ocorrer, de forma patológica, no *common law* –, a coerência da ordem jurídica ficaria na dependência de meras vontades, alterando-se a todo instante.

Como é óbvio, não se quer dizer com isto que novas posições pessoais não possam ou devam ser ouvidas, ou que a composição do Tribunal não expresse vontades morais diferenciadas. O que se deseja evidenciar é que, para se alterar um precedente, qualquer membro do Tribunal, seja recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia

66 MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista dos Tribunais Online*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 4, maio 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d9033c68028c90eb9&docguid=I365ab480839711e1a695000085592b66&hitguid=I365ab480839711e1a695000085592b66&spos=21&epos=21&td=1638&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

ou da alternância da concepção geral do direito. Neste caso, o Juiz assume um ônus de evidenciar que tais motivos não só estão presentes, como são consistentes e fortes o bastante para se sobreporem às razões determinantes antes adotadas. Caso a maioria do Tribunal não consiga vencer o ônus de alegar, demonstrar e evidenciar que “boas razões” impõem a revogação do precedente, esse deverá ser mantido.

O mais importante é que se compreenda, em todo este contexto, que a liberdade dada pelos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo⁶⁷.

Cabe ao Judiciário como um todo, e não ao juiz singular, preencher as lacunas existentes e adaptar o direito ao caso concreto, face às alterações sociais, tendo sempre como norte os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

CAPÍTULO IV

4 OBSTÁCULOS

Com o escopo de impedir a implementação dos elementos de contenção, tem sido levantadas questões relacionadas ao acesso à justiça, pois restaria violado o princípio do duplo grau de jurisdição, por haver discriminação das demandas que não chegariam ao Superior Tribunal de Justiça. Além disso, haveria um dever social do Tribunal em apreciar todas as demandas envolvendo lei federal, ainda que sem importância transcendente, sob pena de haver interpretações divergentes sobre a norma federal nos diversos tribunais existentes.

Ocorre que não há qualquer limitação à garantia do acesso à justiça, ao princípio do duplo grau de jurisdição e inexistente este dever social do STJ em analisar todas as causas decididas em todo o território nacional que envolvam leis federais.

O sistema processual brasileiro consagra o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual há a necessidade da revisão da decisão judicial, assegurando-se assim, o direito ao recurso da decisão desfavorável ao sucumbente.

Garante-se, portanto, duas oportunidades de cognição aos jurisdicionados, sendo uma monocrática e outra, em regra, colegiada, mediante a devolução de toda a matéria.

⁶⁷ WAMBIER, op. cit., p. 121.

O órgão revisor, portanto, da decisão judicial proferida em primeira instância é o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, tratando-se o recurso excepcional aos Tribunais Superiores de meio para a uniformização do direito seja no âmbito constitucional, seja no federal. Não se trata, portanto, de revisão fática do caso, mas apenas de análise objetiva do direito.

Dessa forma, os Tribunais Superiores não desempenham o papel de terceira ou quarta instâncias, mas sim de guarda da Constituição Federal, no caso do STF e o direito federal, na hipótese do STJ.

Por esta razão que existem súmulas de ambos os Tribunais (súmulas 5 e 7 do STJ e súmula 279 do STF) impedindo o conhecimento de certas alegações como a injustiça da decisão, equivocada apreciação a prova ou errônea interpretação do contrato.

A possibilidade do manejo do recurso, segundo Athos Gusmão⁶⁸, vincula-se a questões de ordem prática e não à ideia de justiça:

a falibilidade humana, o aperfeiçoamento das decisões judiciais, e também ao natural desejo do vencido em ver suas pretensões objeto de uma segunda e possivelmente mais acurada apreciação, que inclusive poderá proporcionar maior aceitação social da decisão reexaminada. Se o legislador atentasse apenas à busca do valor Justiça, sempre novos recursos poderiam ser admitidos, aberta sempre a possibilidade de apresentar renovados argumentos, outras provas, diferentes exceções. Mas a necessidade de uma solução estável, de um momento em que o conflito de interesses fique definitivamente eliminado no mundo do Direito, a exigência de segurança no gozo dos bens da vida, impõe uma limitação ao número e admissibilidade dos recursos, em opção legislativa ante as condições culturais e econômicas, as tradições, as experiências de cada país em determinado momento de sua história.

Neste sentido, tem-se observado o princípio do duplo grau de jurisdição quando se garante o acesso ao tribunal *ad quem* por meio do recurso ordinário, não sendo possível atacar as restrições às vias extraordinárias como violação ao duplo grau de jurisdição.

Mancuso ressalta⁶⁹:

68 CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o Recurso Especial. 1990, p. 1. *Revista dos Tribunais Online*, Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 7, out. 2011. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000013d460964982b55b83c&docguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&hitguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3798&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 mar. 2013.

69 MANCUSO, op. cit., p. 595.

Dado que o STJ veio criado na Constituição de 1988 – que não recepcionou a preexistente arguição de relevância, até então operante no STF – é possível que, à época, não se tivesse atentado para ao fato, embora de sabença mundial, de que as Cortes Superiores precisam contar com algum sistema de filtro ou de contenção, seja porque têm elas um caráter de sobreposição no organograma judiciário e assim vocacionam-se a conhecer apenas as grandes questões nacionais, seja porque como antes dito, o compromisso do Estado com a distribuição da Justiça se completa, ordinariamente, com a oferta de uma sentença em primeiro grau e a possibilidade de uma revisão por Tribunal, provocado por recurso de devolutividade ampla, como, entre nós, se dá com a apelação.

Ademais, quando da introdução ao presente trabalho demonstramos a necessidade de releitura do dispositivo constitucional que prevê o acesso à justiça, de modo que esta atue de forma residual, diante da impossibilidade de o Estado prover uma justiça meramente generalizada, como se se tratasse do fornecimento de um serviço público de luz, água ou esgoto.

É preciso que se abandone a ideia de imprescindibilidade do Poder Judiciário para solução de todos os conflitos e que, uma vez promovida a ação judicial, se tenha que ofertar três ou quatro instâncias como se fosse a garantia da justiça da decisão.

Consoante ressalta Netto⁷⁰, o acesso à justiça é garantido por toda a estrutura do Poder Judiciário que se desdobra nas diversas justiças estaduais e federais que cobrem todo o território nacional.

Desta forma, há plena garantia de acesso à justiça, e, de mais a mais, nem se compreenderia que a função do Superior Tribunal de Justiça fosse a de completar o acesso à justiça em todas as causas em que esteja envolvida lei federal, justamente porque este Tribunal deve existir para resolver qualificadamente as questões que sejam relevantes ou fundamentais, tendo em vista a inteligência do direito federal.

É preciso questionar a razão de as instâncias inferiores atuarem de forma tão discrepante quando o Direito é o mesmo em todo o território nacional.

A par da inflação legislativa caracterizada pela explosão de leis mal elaboradas e com interpretação dúbia, a sensação que se tem é que o Poder Judiciário não é um todo uno sistematizado, mas completamente

70 NETTO, op. cit., p. 3/7.

desvinculado, com órgãos absolutamente independentes, cujas decisões muitas vezes sequer possuem embasamento legal.

Garantir o recurso especial ao STJ para qualquer situação, seja simples ou complexa, pacificada ou não, não vai alterar a situação existente, pois urge uma alteração de comportamento das instâncias inferiores que se dê de cima para baixo.

É preciso que os magistrados tenham a consciência de que suas decisões necessitam estar amparadas pelas decisões dos Tribunais Superiores, pois a estes cabe a função de *ultima ratio*.

Proferir decisões em absoluta dissonância com o entendimento das Cortes Superiores acaba por alimentar o sistema de recursos e atos processuais infundáveis. E certamente isso não garante a justiça da decisão.

Segundo Teresa Wambier⁷¹

Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal (LGL\1988\3), *daquela decisão se extraia verdadeiro modelo de atuação*, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva, aquela decisão judicial, como parâmetro para os julgamentos futuros.

E para que as decisões destas Cortes sejam boas o suficiente para orientar a aplicabilidade de todo o ordenamento jurídico, é indispensável que sejam bem debatidas e fundamentadas.

A mesma autora prossegue:

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que dêem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.

Sem dúvida apagar incêndio, como tem sido a atividade do STJ, jamais lhe permitirá atuar com a qualidade necessária.

⁷¹ WAMBIER, op. cit., p. 121.

Ressalte-se, ainda, que ao lado do acesso à justiça a garantia à razoável duração do processo se apresenta ainda mais importante e seriamente comprometida.

Não se está a falar de números, pois a atuação com base somente em números reflete justamente o que se pretende evitar, a justiça de massa, a justiça como produção em série, sem grandes reflexões.

A partir do momento em que as decisões sejam boas e bem fundamentadas, certamente haverá uma atuação mais uniforme por parte de todo o Poder Judiciário, ante ao seu maior poder de convencimento, o processo será mais célere e aí sim o acesso à justiça terá sido garantido.

É necessário limitar a função do STJ às questões jurídicas efetivamente relevantes a fim de que sua competência constitucional possa ser desempenhada de forma mais acurada.

Neste sentido Manoel Lauro Volkmer de Castilho⁷²:

Ao contrário, os recursos de natureza excepcional – assim o recurso extraordinário e o recurso especial – destinam-se à estabilização da jurisprudência, à proteção das leis e da Constituição e à pacificação da interpretação em benefício da ordem e segurança jurídica e da paz social, não dizendo respeito nem sendo prioritariamente vocacionados à proteção do interesse particular da parte interessada.

Todavia, na contramão da mudança de paradigmas, quando do envio da PEC 209/2012 pelo STJ à Câmara dos Deputados, o presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, defendeu que a inserção do elemento de filtragem possibilitaria a que os estados, nas hipóteses de ausência de repercussão geral, aplicassem a lei da forma diversificada, o que contrariaria a função do STJ de conferir a melhor interpretação à norma federal, uniformizando seu entendimento e aplicação. Segundo Ophir Cavalcante⁷³:

Se vier a prevalecer a repercussão geral na forma anunciada pelo STJ, teremos um direito federal por Estado caso a Corte venha a decidir que

72 CASTILHO. Manoel Lauro Volkmer de. O Recurso Extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. *Revista dos Tribunais Online*, Revista de Processo v. 151, set. 2007. p. 2/14. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d39054df2d151c6fa&docguid=Ie6cd07b0f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ie6cd07b0f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=581&context=10&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

73 Entrevista disponível no sítio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: <<http://www.oab.org.br/noticia/23562/oab-nacional-e-contraria-a-adocao-da-repercussao-geral-pelo-stj>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

aquela matéria não se enquadra na hipótese de repercussão geral. O STJ vai, pois, deixar de cumprir com uma de suas missões constitucionais.

Entretanto, em que pese a opinião do Presidente da OAB, a repercussão geral tem sido utilizada com sucesso pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à questão constitucional. Além da redução do número de processos após sua implementação, não se tem verificado interpretações divergentes nos tribunais estaduais ou regionais federais em relação ao que não possui a mencionada repercussão.

A circunstância de se fazer chegar a qualquer custo um recurso sem relevância ao STJ cuida-se de propósito completamente desvinculado da realidade social existente e não garante o acesso à justiça, mas alimenta o caos instalado no âmbito do sistema judiciário como um todo e contribui para a morosidade do processo judicial.

Não há utilidade alguma em se fazer chegar ao STJ um recurso cuja matéria encontra-se pacificada ou restringe-se ao universo das partes, quando temas ainda sequer enfrentados ou de vultosa importância estão aguardando na fila para serem analisados e decididos, quiçá com um pouco da atenção merecida.

A perspectiva metajurídica de conhecimento possibilitaria ao tribunal superior, como ocorre com o Supremo Tribunal federal, limitar sua atuação às questões de relevância abrangente, que estejam intimamente relacionadas à sua atribuição real de tutela do direito objetivo, tendo em vista à necessidade de uniformização das deliberações de mérito no tocante à legislação federal.

Ao se exigir uma transcendência da questão discutida, certamente a atribuição para a qual foi vocacionado o Superior Tribunal de Justiça será otimizada, de modo a se ter mais qualidade no tocante à prestação jurisdicional.

Decisões bem elaboradas possuem o condão de guiar inúmeros julgamentos ainda no nascedouro, de forma a reduzir o tempo da demanda, fornecendo-se a prestação jurisdicional de forma mais célere e efetiva.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a cultura judiciarista, aliada ao crescimento da população e o desenvolvimento econômico-industrial da sociedade, elevaram sobremaneira a judicialização dos conflitos.

Embora existam técnicas alternativas de solução conflitos que, certamente, devam ser mais incentivadas, como a autocomposição e a solução paraestatal, e esteja se investindo na infraestrutura física do

Poder Judiciário, tem-se visto que tais medidas não têm sido suficientes à otimização do trabalho da Justiça Estatal.

A atuação do STJ como terceira instância, em detrimento da função de guardião do direito federal, ofertando uma prestação jurisdicional de massa, aliado à crescente contradição das decisões diante de casos idênticos, tem causado profunda instabilidade ao Direito e, por consequência, insegurança jurídica.

Urge uma alteração no sistema para reduzir não só a carga de trabalho do tribunal, mas obter uma prestação jurisdicional de qualidade, que de fato uniformize a aplicação do Direito e traga não só celeridade processual, mas também segurança jurídica.

Para tanto, na esteira de outros países e das providências tomadas no âmbito do STF, com a implementação da repercussão geral e da súmula vinculante pela EC 45/2004, buscou-se demonstrar neste trabalho a possibilidade e viabilidade em se implementar filtros de contenção ao recurso especial, em especial a repercussão geral, conforme proposta de emenda constitucional nº 209/2012, e súmula impeditiva de recursos, prevista na proposta de emenda constitucional nº 358/2005.

Ressaltando a necessidade em se inserir os filtros de contenção, Netto⁷⁴:

Se a nossa sociedade - da mesma forma que muitas outras - vive uma época de crise, exatamente existente - dentre muitas razões - por causa do descompasso que se observa entre o aparato estatal e o número de jurisdicionados e as expectativas destes em relação ao Estado, o que demandaria um aparelhamento do Estado muitíssimo maior, coloca-se como manifesto que as instituições de que a sociedade dispõe têm de transmutar-se em suas funções e tornarem-se adequadas, apesar, senão justamente por causa, do gigantismo da sociedade.

A grande massa de teóricos do direito de nossos dias constata esse fato e sugere que o legislador outorgue maiores poderes àqueles que aplicam as leis, através de normas que confirmem mais ampla gama de escolha e admita sacrificar aquilo que, patentemente, é destituído de importância. Se assim não se agir, mas partir-se de premissa *manifestamente falsa*, de que *tudo* (todas as causas e questões) é importante, o que acaba acontecendo é que haverá um emperramento imobilizador da atividade jurisdicional, com o que o prejuízo resulta geral e positivamente indiscriminado. Quando se diz que *tudo é importante*, disso normalmente resulta *queneda ou quase nada é tratado como realmente importante*.

74 NETTO, op. cit.

A solução de outorga de maiores poderes ao STJ, através da possibilidade de escolha das causas que são relevantes, é a solução *possível*, se não a única solução viável, e que parte da identificação verdadeira do problema e o equaciona *realística* e adequadamente.

Uma suposta solução ideal e injustificadamente ampla, que é a da situação atual, peca gravemente contra o valor-obstáculo do realismo, que é fundamental, sob pena dessa imaginada solução ideal não ter quaisquer das virtudes pregadas ou prometidas e esboroar-se na ordem prática. É que, não incomumente, o *pretensamente ótimo*, na ordem prática, realiza ou pode realizar mesmo até o *péssimo*, com injustificável carga de serviço, e sem proveito algum para a sociedade. Ao reverso, a solução propugnada, de que há precedentes antigos em outros países, com larga historicidade, evidenciadora de experiências bem-sucedidas, se não atinge as culminâncias de um idealismo irrealizável - Justiça perfeita e pronta para milhões -, realiza muito melhor o que, diante das contingências, é *realmente possível operacionalizar*.

É cediço que medidas isoladas não resolverão os problemas existentes no âmbito da justiça estatal. É preciso que diversas providências sejam adotadas em conjunto, com o fim de se obter uma melhoria na prestação de serviço tão importante para a sociedade.

Investimento na infraestrutura pessoal e material do Poder Judiciário, digitalização dos processos, alteração na forma de seleção dos magistrados, baseada atualmente apenas na memorização do direito, sem aferição do real perfil do candidato, incentivo das técnicas autocompositivas e paracompositivas de solução de conflitos, permitindo-se o exercício residual da atividade jurisdicional, e a inserção dos elementos de contenção podem contribuir em larga escala para a celeridade processual, mas garantir também a igualdade e a segurança jurídica.

Nestes Termos Mancuso⁷⁵:

Importante ter presente que as medidas restritivas de acesso aos tribunais - já tomadas e em trâmite - não surtirão efeito se não forem acompanhadas de providências concretas em mais de um setor: a) investimento constante nos recursos materiais e pessoais, máxime a informatização/digitalização, por modo a, gradativamente, livrar o Judiciário dos processos em base física papel; b) aprimoramento do sistema de recrutamento dos juízes, que não pode mais ficar restrito à singela aferição mecânica de pontuais conhecimentos teóricos,

75 MANCUSO, op. cit., p. 418.

devendo antes valorizar o conhecimento geral, a cultura humanística, o raciocínio lógico, a efetiva vocação para o exercício do cargo; c) o fomento e divulgação das formas alternativas de solução de conflitos, por modo que o Judiciário possa desvencilhar-se daquelas controvérsias que poderiam e deveriam ser *maturadas e decantadas* em instâncias intermediárias, e/ou dirimidas por auto ou heterocomposição para jurisdicional, passando a Justiça estatal a operar em modo *residual*, como uma *cláusula de reserva*, disponibilizada para as lides singulares e complexas, e bem assim, as que se revelaram impossíveis de outro modod, inclusive devido a particularidades de matéria ou pessoa.

Exigir que o STJ continue a exercer a função de instância revisora de todas as causas que envolvam direito federal em um país continental da magnitude do Brasil, como observância à garantia do acesso à justiça, consiste em apego a conceptualismo completamente discrepante à realidade prática.

Isso porque, desde sua criação sua atuação tem sido essa e o que se tem visto é exatamente o contrário, ou seja, o acesso à justiça caracterizado pela possibilidade em se obter uma prestação jurisdicional em prazo razoável, com qualidade e eficiência é algo que somente existe no plano teórico.

É preciso aproximar teoria e prática, criar mecanismos que garantam a unidade e a estabilidade do direito federal.

Cabe ao STJ estabelecer a *ultima ratio* do direito federal e, para tanto, necessita fazê-lo com qualidade, a fim de que sejam criados precedentes para as instâncias inferiores.

A repercussão geral e a súmula impeditiva de recursos certamente possibilitarão uma prestação jurisdicional mais uniforme, o que contribuirá para garantir a igualdade e a segurança jurídica.

O acesso indiscriminado à justiça em todos os níveis tem garantido apenas o direito de petição, mas não o verdadeiro acesso à justiça caracterizado pela possibilidade de obter uma prestação jurisdicional de qualidade, bem fundamentada, crível, efetiva e dentro de um prazo razoável.

REFERÊNCIAS

ALVIM. Carreira J. E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, v. 162, ago 2008. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d7eab079a66ea1731&docguid=Ia7cfe360f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ia7cfe360f25711dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=8&context=4&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos Repetitivos. *Revista dos Tribunais Online*, Revista de Processo, v. 185, jul de 2010. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d3bd0e2e52d6eb4d6&docguid=I9c4274c02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I9c4274c02d4111e0baf30000855dd350&spos=31&epos=31&td=829&context=11&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

ÁVILA. Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS. *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 15 de outubro de 1980. In: *DJi – Índice Fundamental do Direito*. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/ristf__0321a0329.htm#Art.325>. Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ adota práticas inovadoras para agilizar os julgamentos*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=108753>. Acesso em 05 mar. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. *PEC 209/2012*. Disponível em: http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/camara/files/2012/08/Tramitacao-PEC-209_2012.pdf Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. *PEC 358/2005*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 203*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. *Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943, alterada pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 06 mar. 2013.

BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Processual Civil*. v. 6, jul./dez. 1962.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto do meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos *et al.* (coord). *Execução Civil – Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*, São Paulo: RT, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o Recurso Especial*. Revista dos Tribunais Online, Doutrinas Essenciais de Processo Civil, v. 7, out. 2011. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000013d460964982b55b83c&docguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&hitguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3798&context=3&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 mar. 2013.

_____. *Poderes do relator e Agravo Interno*. Arts, 557, 544 e 545 do CPC. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo vl. 100, out. 2000. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000013d390666f407b87f02&docguid=I7b7f1700f25611dfab6f010000000000&hitguid=I7b7f1700f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1962&context=17&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 fev. 2013.

CASTILHO. Manoel Lauro Volkmer de. *O Recurso Extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante*. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo v. 151, set. 2007. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d39054df2d151c6fa&docguid=Ie6cd07b0f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ie6cd07b0f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=581&context=10&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 fev. 2013.

CUNHA. Maurício Ferreira. As reformas processuais e o processo constitucional. *Revista Forum de Direito Processual – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, ago. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda e JÚNIOR, Nelson Nery. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. Critério de transcendência no recurso de revista – Projeto de Lei 3.276/00. *Revista LTr*, v. 65, n 8, ago 2007.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83498>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução de Conflitos e a Função Judicial*, São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Revista dos Tribunais Online*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 4, maio 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d9033c68028c90eb9&docguid=I365ab480839711e1a695000085592b66&hitguid=I365ab480839711e1a695000085592b66&spos=21&epos=21&td=1638&context=5&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

NALINI, José Renato. Os três eixos da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado (AASP)*, n. 75.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo v. 96, out. 1999. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br.ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d3bb0890f6419bff9&docguid=I15dd2d10f25611dfab6f0100000000000&hitguid=I15dd2d10f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2886&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

PEDRON, Flávio Quinaudi. Os recursos destinados para Tribunais Superiores: a duvidosa constitucionalidade dos filtros recursais da transcendência e da repercussão geral. *Revista Forum, Forum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 11, n. 121, mar. 2011.

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

SADEK, Maria Tereza. O judiciário e a prestação a justiça (estudo em conjunto com Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo). In _____(org.). *Acesso à Justiça*. Disponível na Biblioteca da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP, publ. Konrad Adenauer Stiftung, volume de pesquisas nº 23.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo vol. 638, p.15, dez. de 1988. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000013d38f86bffa7901f65&docguid=I3c3e1670f25811dfab6f010000000000&hitguid=I3c3e1670f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Recursos Especiais Repetitivos: Reflexos das Novas Regras (Lei 11.672/2008 e Res. Stj 8/2008) nos Processos Coletivos*. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo, vol. 163, p. 28, set de 2008. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000013d7eb713af9f3b5434&docguid=Ia8e487b0f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ia8e487b0f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=513&context=12&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista dos Tribunais Online, Revista de Processo, v. 172, jun. 2009. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/ezproxy.agu.gov.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000013d934fda14878f78bd&docguid=Ic9414a20f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ic9414a20f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=99&context=3&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEGITIMIDADE

WRIT OF MANDAMUS AND LEGAL STANDING

Priscilla Souza e Silva Menário Scofano¹

Procuradora do Estado da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1 Histórico; 2 Legitimidade; 3 Legitimidade dos partidos políticos; 4 Legitimidade da organização sindical, entidade de classe e associações; 5 Legitimidade do Ministério Público; Referências.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2006) e especialização em Direito Público Privado - convênio UNESA pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2008). Pós-graduação em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado – ESPGE (2013). Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP em Direito Processual Civil.

RESUMO: O artigo tem a intenção de analisar a legitimidade processual dos partidos políticos, das organizações sociais e do Ministério Público para o ajuizamento da ação constitucional do mandado de segurança coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Legitimidade Processual. Partidos Políticos. Organizações Sociais. Ministério Público. Ação Constitucional. Mandado de Segurança Coletivo.

ABSTRACT: Article intends to analyze the legal standing of political parties, social organizations and the Public Prosecution for judging the constitutional action of the collective writ of mandamus.

KEYWORDS: Process. Legal Standing. Political Parties. Social Organizations. Prosecutors. Constitutional Action. Collective Writ of Mandamus.

1 HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 5º LXX, introduziu em nosso ordenamento jurídico do Mandado de Segurança Coletivo, refletindo a influência de acesso à justiça e coletivização da tutela jurisdicional. A previsão no texto constitucional do rol de legitimados para o Mandado de Segurança Coletivo atribuiu status de garantia constitucional, não permitindo que norma infraconstitucional venha a limitar ou restringir os legitimados já elencados pela Constituição, em que pese admitir-se a ampliação deste rol por norma de status inferior.

A legislação infraconstitucional destinada à regulamentação do Mandado de Segurança Coletivo, não o fez com exclusividade, pois a Lei 12.016/2009, trata do Mandado de Segurança individual e também coletivo, razão pela qual, sua regulamentação penitente ao Mandado de Segurança Coletivo mostra-se deficiente, sendo necessário socorrer-se a outras fontes normativas para integrar as lacunas da Lei 12.016/2009:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO IRREGULAR DO SOLO URBANO.

ESTABELECIMENTO COMERCIAL SITUADO EM ÁREA RESIDENCIAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO PARQUET. ARTS. 127 E 129, III, DA CF/88, E 1º DA LEI 7.347/85. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONTROLE INCIDENTER TANTUM. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 471, I, DO CPC. LEI COMPLEMENTAR SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 284/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele

encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. *Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.*

4. Sob esse enfoque, a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

5. A dimensão política do controle de inconstitucionalidade, atribuída com exclusividade ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, infirma que o mesmo se proceda no âmbito da ação civil pública, salvo em caráter incidenter tantum. Precedentes do STJ: REsp 696.480/SC, DJ 05.09.2007; REsp 801.180/MT, DJ de 10.09.2007, e AgRg no REsp 439.515/DF, DJ de 04.06.2007.

6. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

7. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

8. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1249132/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 09/09/2010)

Portanto, utiliza-se subsidiariamente o microsistema de processos coletivos, integrado pela legislação que disciplina as ações civis públicas e as ações coletivas em geral (em especial a Lei da Ação Civil Pública e as regras do Código de Defesa do Consumidor acerca do processo coletivo.

Ostentando status de ação civil de rito sumário especial, o Mandado de Segurança seja ele individual ou coletivo, distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pelo procedimento de rito sumário. O direito líquido e certo deve ser titularizado por uma coletividade, um grupo, categoria ou classe, representados por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, conforme preceitua o art. 5º, LXX da CRFB.

Contudo, o art. 21 da Lei 12. 016/09, contemplou apenas os direitos coletivos strictu sensu e os direitos individuais homogêneos e coletivos, sendo utilizada a mesma definição constante do art. 81 do CDC, com algumas adaptações.

O legislador ordinário deixou de fazer referência aos direitos difusos, uma vez que limitou-se a expressamente prever o cabimento do Mandado de Segurança Coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos, silenciando a respeito dos direitos difusos. Ocorre que da mens legis adotada nos efeitos da coisa julgada, a qual não possui efeito erga omnes tal como disposto do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, limitando-se a produzir efeitos aos integrantes do grupo², por uma interpretação sistemática deduz-se que não há lacuna na lei nova quanto aos direitos protegidos pelo Mandado de Segurança Coletivo, mas deliberadamente excluiu-se a possibilidade de defesa de direitos difusos.

Contudo, trata-se de um retrocesso legislativo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça já haviam se manifestado no sentido de admitir o ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo para defender direitos difusos:

PARTIDOS POLÍTICOS - LEGITIMIDADE - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – TRIBUTO. [...] A previsão do art. 5º, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister, tão bem delineado na transcrição supra, não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade. A defesa da ordem constitucional pelos Partidos Políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato das normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. *À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco,*

2 Lei 12.016/09 - Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes.

Não se está a excluir a necessidade do atendimento dos requisitos formais previstos nos estatutos dos partidos, tampouco afastando a necessidade de respeito aos pressupostos de cabimento de mandado de segurança, que, no presente feito, não foram objeto de impugnação no recurso extraordinário. ** 2. A hipótese dos autos, todavia, não trata de direito coletivo ou interesse difuso, mas da majoração de um tributo, o que, conforme já decidido pelo Plenário desta Corte, no RE 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão (DJ 07/04/2000) configura um direito individualizável ou divisível, nos termos da ementa ora transcrita verbis: «MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido.” Se o Partido Político pode atuar na defesa do interesse de várias pessoas, independente de filiação, não pode, contudo, substituir todos os cidadãos na defesa de interesses individuais a serem postulados em juízo por meio de ações próprias. Por estes motivos, entendo que o Partido Político pode impetrar mandado de segurança coletivo na defesa de qualquer interesse difuso, abrangendo, inclusive, pessoas não filiadas a ele, não estando, porém, autorizado a se valer desta via para impugnar uma exigência tributária. 3. Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para, declarando a ilegitimidade ativa do recorrido, cassar a segurança. Custas ex lege. * acórdão pendente de publicação ** a tese acerca da legitimidade irrestrita dos partidos políticos para mandado de segurança coletivo não foi acompanhada à unanimidade.

Vencido o Min. Marco Aurélio que negava provimento ao recurso. RE 196184/AM, rel. Min. Ellen Gracie, 27.10.2004. (RE-196184)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO IRREGULAR DO SOLO URBANO.

ESTABELECIMENTO COMERCIAL SITUADO EM ÁREA RESIDENCIAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO PARQUET. ARTS. 127 E 129, III, DA CF/88, E 1º DA LEI 7.347/85. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONTROLE INCIDENTER TANTUM. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 471, I, DO CPC. LEI COMPLEMENTAR SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 284/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Sob esse enfoque, a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições

previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

5. A dimensão política do controle de inconstitucionalidade, atribuída com exclusividade ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, infirma que o mesmo se proceda no âmbito da ação civil pública, salvo em caráter incidenter tantum. Precedentes do STJ: REsp 696.480/SC, DJ 05.09.2007; REsp 801.180/MT, DJ de 10.09.2007, e AgRg no REsp 439.515/DF, DJ de 04.06.2007.

6. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” 7. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

8. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1249132/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 09/09/2010)

Os direitos difusos não podem ficar à margem da defesa por meio de Mandado de Segurança coletivo, porquanto o texto constitucional não lhes fez restrição. O direito da coletividade tutelado pela redação do inciso LXX do art. 5º da CRFB, enseja a defesa do interesse de seus membros ou associados, por uma interpretação ampliativa, para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, dos direitos da totalidade do grupo, classe ou categoria, os quais seriam determinados a partir de uma relação jurídica entre seus membros, e dos direitos de titulares, que embora indetermináveis, pudessem ter seus interesses representados por uma associação.

Contudo, a Lei 12.016/09 inovou em seu art. 21, ao conferir legitimidade para o Mandado de Segurança Coletivo aos (i) partidos políticos com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade

partidária, (ii) organização sindical, (iii) entidade de classe, e (iv) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos, um ano, sendo que os direitos líquidos e certos não precisam corresponder à totalidade de seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidade, dispensada, para tanto, autorização especial.

2 LEGITIMIDADE

A legitimidade para as ações coletivas é apontada como sendo a *legitimidade extraordinária* expressa no art. 6º do CPC, ou seja, requer-se em nome próprio direito alheio. Contudo, observa-se que em se tratando de legitimidade para ações coletivas, a legitimação do processo não pode estar vinculado à titularidade do direito material, em razão da indeterminação de seus titulares, mas a uma legitimação autônoma para a condução do processo, no interesse dos titulares.

Para a doutrina clássica³, se observa *legitimidade extraordinária*, por substituição processual, uma vez que não há pertinência subjetiva entre o objeto litigioso deduzido na ação e o rol de legitimados ativos elencados pela lei. Assim, para a doutrina que entende tratar-se de substituição processual a legitimação em ações coletivas decorre da interpretação do sistema jurídico, e decorre de expressa autorização legal, a qual elenca os legitimados; nesse sentido, transcreve-se lição da doutrina:

Na verdade, o fenômeno da substituição processual, nome latino devido a Chiovenda, consiste precisamente, na circunstância de que, quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Há pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. Materialmente, é um titular, ou seja, no campo do Direito Privado; no campo do processo é outro o titular do direito de ação.⁴

Contudo, há construções doutrinárias⁵ no sentido de tratar-se de *legitimação ordinária*, uma vez que, o Ministério Público, bem como as

3 MOREIRA, Barbosa. A ação popular do direito do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamandos interesses difusos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977; ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975. p. 426.

4 ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975. p. 427-428.

5 TROCKER NICOLÒ. *Processo e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 218; GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação e objeto. In: *Revista de Processo*. São Paulo. v. 15, n. 57, jan./mar. 1990.

organizações sociais, em atenção a seus objetivos institucionais possuem interesse em exercer o direito de ação em nome próprio, direito próprio, o que gera legitimação ordinária, em uma ampla interpretação do art. 6º do CPC.

Por fim, há ainda a construção doutrinária⁶ de um *tertium genus*, uma *legitimação objetiva*, uma vez que a legitimação decorre de forma expressa do texto normativo, de forma autônoma, como um direito de condução do processo, de caráter exclusivamente processual, sem vínculo com o direito subjetivo material.

Esta teoria foi criada com base na teoria do “direito de condução do processo” (*prozessführungsrecht*), elabora por Hellwing na tentativa de superar os óbices oponíveis à teoria da substituição processual. A doutrina do direito de conduzir o processo fundamenta-se na autorização legislativa para o terceiro que não tenha relação com direito material deduzido em juízo, conduzir o processo, distinguindo-se da legitimidade “como necessária quando o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro”⁷.

Assim, a legitimação não está relacionada à pertinência subjetiva da demanda, o controle judicial da legitimidade ativa em processo coletivos deve ocorrer pela pertinência temática, conforme os fins institucionais do autor coletivo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais

6 GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 41; NERY JR., Nelson. Mandado de Segurança Coletivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990. n. 57, p. 151-158.

7 ARMELIM, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. p. 115-116.

homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

3. *A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.*

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócuo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica.

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido. (REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

No que tange a pertinência temática, observa-se a construção jurisprudencial⁸ quanto à necessidade de análise da representação

8 AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. PRESERVAÇÃO ARQUITETÔNICA DO PARQUE LAGE (RJ). ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. *LEGITIMIDADE ATIVA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA CARACTERIZADA. CONCEITO LEGAL DE "MEIO AMBIENTE" QUE ABRANGE IDEAIS DE ESTÉTICA E PAISAGISMO* (ARTS. 225, CAPUT, DA CR/88 E 3º, INC. III, ALÍNEAS "A" E "D" DA LEI N. 6.938/81).

1. *O estatuto da associação recorrente prevê, em seu art. 4º (1), que um de seus objetivos é "[...]elar pela manutenção e melhoria da qualidade de vida do bairro, buscando manter sua ocupação e seu desenvolvimento em ritmo e grau compatíveis com suas características de zona residencial".*

2. *Desta cláusula, é perfeitamente possível extrair sua legitimidade para ação civil pública em que se pretende o sequestro do conjunto arquitetônico "Mansão dos Lage", a cessação imediata de toda atividade predadora e poluidora no conjunto arquitetônico e a proibição de construção de anexos e de obras internas e externas no referido conjunto arquitetônico. Dois são os motivos que levam a tal compreensão.*

3. *Em primeiro lugar, a Constituição da República vigente expressamente vincula o meio ambiente à sadia qualidade de vida (art. 225, caput), daí porque é válido concluir que a proteção ambiental tem correlação direta com a manutenção e melhoria da qualidade de vida dos moradores do Jardim Botânico (RJ).*

4. *Em segundo lugar, a legislação federal brasileira que trata da problemática da preservação do meio ambiente é expressa, clara e precisa quanto à relação de continência existente entre os conceitos de loteamento, paisagismo e estética urbana e o conceito de meio ambiente, sendo que este último abrange os primeiros.*

5. *Neste sentido, importante citar o que dispõe o art. 3º, inc. III, alíneas "a" e "d", da Lei n. 6.938/81, que considera como poluição qualquer degradação ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde e o bem-estar da população e afetem condições estéticas do meio ambiente.*

6. *Assim sendo, não há como sustentar, à luz da legislação vigente, que inexistente pertinência temática entre o objeto social da parte recorrente e a pretensão desenvolvida na presente demanda, na forma do art. 5º, inc. V, alínea "b", da Lei n. 7.347/85.*

7. Recurso especial provido. (REsp 876.931/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 10/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE RELAÇÃO JURÍDICA MANTIDA COM SOCIEDADE SEGURADORA. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ATUAÇÃO DO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS.

1. *A Associação dos Funcionários Aposentados do Banco Nacional da Habitação - AFA-BNH ostenta legitimidade para ajuizar ação civil pública em face da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, objetivando o pagamento a cada beneficiário do plano de benefícios, operado pela Caixa Seguradora, da diferença entre o valor dos recursos garantidores da respectiva reserva matemática, posicionada na data da migração para a FUNCEF, e o valor dos ativos aportados a essa entidade previdenciária, para fazer face ao pagamento dos benefícios devidos a partir da referida data, bem como a condenação da demandada à reparação dos danos morais, no valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, a título de compensação pelos constrangimentos resultantes das dificuldades financeiras à qual os associados foram submetidos, *porquanto evidente a pertinência temática.**

2. *O Ministério Público, como custos legis, pode recorrer da decisão da ação civil pública para a qual não ostente legitímio ad causam para promovê-la ab origine. [...]*

adequada referente à determinados legitimados de demandas coletivas, verificando, a bem de garantir a adequada tutela destes importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a condução do processo coletivo. Sua finalidade é qualificar o pólo ativo para fins de se evitar demandas coletivas precárias que poderiam prejudicar a coletividade, eis que a coisa julgada naquele sistema não é *secundum eventum litis*.

A doutrina e jurisprudência, com o fim de realizar um controle sobre a legitimidade ativa em demandas coletivas, instituiu a necessidade de demonstração de uma representatividade adequada, e sob esse enfoque tem merecido destaque a exigência de vínculo de afinidade temática entre o legitimado e objeto litigioso; senão vejamos:

[...] A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembleia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional.

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado.

7. *In casu*, a extinção do feito, sem resolução de mérito, pelo Juízo Singular (fls. 311/321), em razão da ilegitimidade da Associação dos Funcionários Aposentados do Banco Nacional da Habitação - AFABNH, para o ajuizamento da ação civil pública *ab origine*, mantida em sede de apelação, impõe a baixa dos autos para análise do mérito.

8. Embargos de Declaração acolhidos para sanar a contradição do julgado e dar provimento ao Recurso Especial, determinando a baixa dos autos para o exame do mérito. (EDcl no REsp 949.494/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/05/2010)

Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses.⁹

Sobre a necessidade de controle judicial da legitimidade coletiva em demandas de natureza coletiva inerente a todos os legitimados bem observa Fredie Didier Jr.¹⁰ que esta verificação deve abarcar todo o rol de legitimados:

A necessidade do controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da *aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva*. Nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também em relação à sua atuação se imporia o controle jurisdicional de sua legitimidade.

Entre vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um que atualmente tem apresentado utilidade prática pode servir de exemplo: *exige-se que exista um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de “pertinência temática”*. Esse critério seria um dentre vários, para a averiguação da adequação do legitimado coletivo. [...]

A jurisprudência brasileira já se encaminha nesse sentido, mesmo que com marchas e contramarchas. O STF, por exemplo, entendeu que o *Ministério Público não está autorizado a propor ações coletivas tributárias*,

9 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 277/278.

10 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2012. p. 216-217.

nem aquelas relacionadas a direitos individuais disponíveis, embora não houvesse ressalva, neste sentido no texto legal. O objetivo dos processos coletivos é ver realizada uma justiça substancial mais efetiva e célere, atendendo a finalidade do interesse público de corrigir, em nome do cidadão, até mesmo opções de políticas públicas equivocadas por parte do Estado, a exemplo da norma tributária ilegal. Para atingir esses objetivos será necessária a depuração dos conceitos de representatividade adequada, procurando uma identificação entre a busca dessa representação adequada e a finalidade da tutela coletiva, principalmente como meio de coibir ofensas contra o interesse público primário.

A exigência da representatividade adequada não pode não pode tornar-se uma alternativa para “sentenças processuais”, vedando o enfrentamento da matéria de fundo. No caso das decisões reiteradas do STF o que aconteceu foi a vedação, *tout court*, de ações civis públicas em matéria tributária e previdenciária.

[...]

Por outro lado, como corretamente entendeu parcela da doutrina, a despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o “representante adequado” para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual “os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, de ser ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado”.

3 LEGITIMIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS

O art. 1º da Lei 9.096/95, define o partido político como sendo pessoa jurídica de direito privado que se destina a resguardar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo, em defesa dos direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

O caput do art. 21 da Lei 12.016/09 restringiu a legitimação dos partidos políticos aos casos em que defenda os interesses relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, em que pese não haver qualquer restrição no texto do art. 5º, LXX da CRFB.

Dispõe o inciso LXX do art. 5º, da Constituição: “LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. A tese no sentido da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo estar limitada aos interesses de seus filiados não resiste a uma leitura atenta do dispositivo constitucional supra.

Se o legislador constitucional dividiu os legitimados para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecido na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados.

Neste diapasão, entende o Professor Cassio Scapinella Bueno¹¹ que os partidos políticos podem impetrar o writ em defesa de direitos coletivos, e não apenas de seus filiados relativamente as questões políticas:

A melhor interpretação para a regra examinada é a de que ela não inova na ordem jurídica nacional. [...] Como alínea a do inc. LXX do art. 5º da CR/1988, não faz qualquer restrição ao direito (ou interesse) a ser tutelado pelo Mandado de Segurança coletivo a ser impetrado por partido político, é equivocado, porque restritivo, o entendimento de que a lei poderia restringi-los à tutela jurisdicional dos direitos (interesses) dos membros dos partidos políticos. Isto seria tratar o partido político, alias, como mero ente associativo, o que conspira contra sua missão institucional. [...] Assim, importa interpretar de forma ampla a primeira parte do art. 21, caput, da LEI 12.016/09: o partido político tem legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança coletivo, tanto que o direito (interesse) a ser tutelado coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, independentemente, de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros. Só pode ser esta e nenhuma outra, sob pena de violação do modelo constitucional do Mandado de Segurança, a compreensão da “pertinência temática” do mandado de segurança coletivo impetrado pelos partidos políticos.

11 BUENO, Cassio Scapinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

Porém, a jurisprudência ainda não pacificou-se sobre tema, considerando que deve ser exigida pertinência temática ao legitimado como forma de controle judicial da legitimidade adequada aos partidos políticos, conforme ementas do STJ a seguir transcritas:

RMS - CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - PARTIDO POLITICO - O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO VISA A PROTEGER DIREITO DE PESSOAS INTEGRANTES DA COLETIVIDADE DO IMPETRANTE.

Distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. *O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade.*

(RMS 2.423/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 27/04/1993, DJ 22/11/1993, p. 24974)

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PARTIDO POLITICO. LEGITIMIDADE.

- Carece o partido democratico trabalhista de legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos titulares de beneficios de prestação continuada, prestados pelo inss. A hipotese dos autos não cuida de direitos subjetivos ou interesses atinentes a finalidade partidaria.
- Extinção do processo.
- Decisão por maioria.
- Precedentes do stj (ms n. 197, 256 e 1235). (MS 1.252/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro AMÉRICO LUZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 17/12/1991, DJ 13/04/1992, p. 4968)

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI-MC 1.096 (DJ 07/04/2000), entendeu que o requisito da pertinência temática é inexigível no exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelos partidos políticos. Naquela ocasião o relator, Min. Celso de Melo assentou:

Tenho para mim que os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da

jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da prerrogativa de impugnar qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material. A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. É preciso não perder de perspectiva a circunstância de que a Constituição Federal, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. A normação constitucional dos partidos políticos tem por objetivo, desse modo, regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias - e somente a estas - o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. A ação dos partidos políticos - que se dirige, na concepção weberiana, à conquista do poder estatal - é informada por um substrato doutrinário de que deriva o perfil ideológico que ostentam. Os partidos políticos constituem, pois, instrumentos de ação democrática, destinados a assegurar a autenticidade do sistema representativo. Formam-se em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional. [...]

Por conseguinte, nos autos do RE 196184/AM, a Ministra Relatora Ellen Gracie, em suas razões de decidir, utilizando-se dos fundamentos do precedente anterior a Suprema Corte, estendendo a interpretação da ampla legitimidade dos partidos políticos nas ações de controle de constitucionalidade abstrato ao mandado de segurança

coletivo, a afastou dos partidos políticos a necessidade de pertinência temática utilizar do writ coletivo:

Dessa forma, tudo o que foi dito a respeito da legitimação dos partidos políticos na ação direta de inconstitucionalidade pode ser aplicado ao mandado de segurança coletivo. A previsão do art. 5º, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister, tão bem delineado na transcrição supra, não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade. A defesa da ordem constitucional pelos Partidos Políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato das normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes. Não se está a excluir a necessidade do atendimento dos requisitos formais previstos nos estatutos dos partidos, tampouco afastando a necessidade de respeito aos pressupostos de cabimento de mandado de segurança, que, no presente feito, não foram objeto de impugnação no recurso extraordinário.

Observa-se ainda outro requisito além da discutível pertinência temática ao partido político como legitimado para a impetração de mandado de segurança coletivo, qual seja, estar representado no Congresso Nacional, contudo, considerando que o texto constitucional não realizou qualquer ressalva da quantificação desta representação, deve ser observada a necessidade mínima pra sua configuração: um deputado federal ou um senador.

4 LEGITIMIDADE DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL, ENTIDADE DE CLASSE E ASSOCIAÇÕES

A doutrina qualifica que sobre a legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe e associações, estas compreendem a mesma classe de legitimados, e portanto aplicáveis os mesmos requisitos, dentre os quais, (i) regularmente constituídas há um ano, (ii) a existência de

um vínculo de pertinência entre o objeto da impetração e a atividade desenvolvida pela entidade. Esta restrição refere-se à atuação de acordo com a finalidade institucional da associação, tal como o instituto da pertinência temática exigida, por alguns, para os partidos políticos.

Portanto, da leitura do art. 21 da Lei 12.016/09, pode se extrair que o legislador ao conferir legitimidade as associações, aqui consideradas lato sensu, limitando, contudo, sua atuação para a defesa de direitos de seus integrantes, excluiu a proteção coletiva de direitos difusos, pela via do mandado de segurança coletivo, uma vez que o direito a ser tutelado deve pertencer ao grupo, classe ou categoria dos legitimados e não uma coletividade indeterminada.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. REQUISITOS À ADESÃO DISCIPLINADOS PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A ENTIDADE ESTÁ REUNIDA COM O OBJETIVO SOCIAL PERTINENTE À PRETENSÃO JUDICIAL HÁ, PELO MENOS, UM ANO. ART. 21 DA LEI 12.016/09. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA 266/STF. CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo pelo qual a associação pretende desobrigar seus associados de submissão de determinadas condições estabelecidas pela legislação estadual para adesão a programa de parcelamento tributário (Lei 16.675/09), quais sejam, tempo mínimo de 2 anos do executivo fiscal que busca cobrar o débito objeto do parcelamento (art. 5º) e a inclusão de 10% sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios (art. 6º, § 2º).

2. *A associação impetrante não faz prova pré-constituída de que está reunida há um ano com a finalidade social pertinente à pretensão deduzida judicialmente. Descumprimento do que dispõe o art. 21 da Lei 12.016/2009. Reconhecida a ilegitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança coletivo.*

3. *Da exordial retira-se que a presente impetração ataca lei em tese, pois busca combater em caráter genérico e abstrato as disposições de lei estadual*

que estabelecem determinadas condições para a adesão em programa de parcelamento tributário. Reconhecida a inadequação da via eleita, nos termos da Súmula 266/STF.

4. Recurso ordinário não provido.

(RMS 34.922/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011)

O STF já pacificou seu entendimento, através da edição do Enunciado n. 630, no sentido de que “a entidade de classe tem legitimação para o Mandado de Segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a um parte da respectiva categoria.”

O entendimento do STF ao permitir a defesa de direitos de parte de uma categoria através de Mandado de Segurança Coletivo, revela que não apenas os direitos coletivos em sentido estrito são passíveis de defesa pelo writ coletivo, mas também os direitos individuais homogêneos, haja vista que ao se admitir essa defesa subjetiva parcial, a ligação entre membros da categoria não mais se dará em função de uma relação jurídica base, mas pela origem comum.

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA, EM NOME PRÓPRIO, TUTELAR DIREITOS E INTERESSES DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.

1. A legitimação conferida a entidades associativas em geral para tutelar, em juízo, em nome próprio, direitos de seus associados (CF, art. 5º, XXI), inclusive por mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, b e Lei 10.016/09, art. 21), não se aplica quando os substituídos processuais são pessoas jurídicas de direito público. A tutela em juízo dos direitos e interesses das pessoas de direito público tem regime próprio, revestido de garantias e privilégios de direito material e de direito processual, insuscetível de renúncia ou de delegação a pessoa de direito privado, sob forma de substituição processual.

2. A incompatibilidade do regime de substituição processual de pessoa de direito público por entidade privada se mostra particularmente evidente no atual regime do mandado de segurança coletivo, previsto nos artigos 21

e 22 da Lei 12.016/90, que prevê um sistema automático de vinculação tácita dos substituídos processuais ao processo coletivo, podendo sujeitá-los inclusive aos efeitos de coisa julgada material em caso de denegação da ordem.

3. No caso, a Associação impetrante não tem - nem poderia ter - entre os seus objetivos institucionais a tutela judicial dos interesses e direitos dos Municípios associados.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 34.270/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL. SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE PARTE DA CATEGORIA. PREJUÍZO DE PARCELA DOS SINDICALIZADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

1. Os sindicatos têm legitimidade ativa para, como substituto processual, demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais de seus filiados, *desde que se cuide de direitos homogêneos que tenham relação com seus fins institucionais.*

2. Na hipótese, contudo, *de defesa de interesses de parcela da categoria, em prejuízo de parte dos servidores filiados, não há falar em legitimidade da entidade de classe para impetrar mandado de segurança coletivo, ante a existência de nítido conflito de interesses.*

3. Recurso ordinário improvido.

(RMS 23.868/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 30/08/2010)

Ocorre que, o Mandado de Segurança coletivo, em que pese não necessitar de demonstração de sua utilidade em benefício de todos os associados, não pode ser impetrado quando houver divergência entre os interesses dos associados, hipótese em que não ocorrerá a

representatividade adequada. Seguindo este raciocínio, inclusive no bojo de demais ações de natureza coletiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento ocorrido em 19.09, decidiu que as entidades representativas de classe não têm legitimidade para atuar em ações em que haja conflito de interesses entre grupos de membros da categoria, conforme notícia que segue:

Ação Civil Pública movida pela Apeoesp (Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo) foi extinta pela 13ª Câmara de Direito Público do TJSP, por considerar que a entidade havia optado por defender o interesse de uma parte dos professores, em prejuízo de outra parcela dos membros da categoria.

A ação questionava normas editadas pela Secretaria de Estado da Educação (SEE) sobre a atribuição de aulas (processo anual em que os professores disputam as vagas existentes nas escolas da rede oficial de ensino) do ano de 2010. A entidade autora impugnava o uso de pontuação em prova de seleção e avaliação para fins de classificação dos professores da chamada “categoria L” no processo de atribuição. A tese prejudicava os professores da chamada “categoria O”, que teriam de observar a pontuação da prova de seleção e avaliação e seriam deslocados a concorrer numa faixa inferior aos da “categoria L”.

Em 2010, a juíza de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Capital havia concedido liminar determinando a alteração das normas de atribuição das aulas, porém a Procuradoria Geral do Estado (PGE) obteve a suspensão da decisão e o processo de atribuição deu-se conforme as normas editadas pela SEE. Na sentença, agora revertida pelo TJSP, a magistrada havia condenado o Estado a indenizar os professores da “categoria L” pelos supostos prejuízos no momento da atribuição. (Proc. nº 0003390-67.2010.8.26.0053)¹²

5 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cumprir observar que, o rol de legitimados do Mandado de Segurança Coletivo é mais restrito que o rol observado nas demais ações de natureza coletiva, como a Ação Civil Pública, contudo o STF já reconheceu tratar-se de rol taxativo e, portanto, não permitindo ampliação dos legitimados através de interpretação analógica:

¹² Notícia publicada em 15/10/2012 no sítio eletrônico da PGE sob o título: “Sindicato só tem legitimidade se não houver conflito de interesses”.

MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE LEGITIMAÇÃO ATIVA: IMPETRAÇÃO POR ESTADO-MEMBRO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE APROVOU PROJETO INCENTIVADO DE INDÚSTRIA PETROQUÍMICA, A INSTALAR-SE EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, SOB ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AO POLO PETROQUÍMICO A INSTALAR-SE NO ESTADO IMPETRANTE. CARÊNCIA DA AÇÃO. Um empreendimento federal, na área da competência exclusiva da união, não se localiza, juridicamente, em nenhum território estadual, mas sim em ponto do território federal unitário, em relação ao qual a alusão ao topônimo do estado-membro - e.g., polo petroquímico do rio de janeiro - tem alcance de mera indicação geográfica de localização: do que resulta que o planejamento e a execução federais de um empreendimento da união, malgrado por ela situado na área territorial de um determinado estado-membro, assim como não dependem de autorização, nem de intermediação de órgãos estaduais, também, de outro lado, e salvo norma expressa em contrário (v.g., cf, art. 20, parágrafo 1.), não conferem direito algum a unidade federada respectiva (ressalva, no ponto, do voto-vista). II. *Mandado de segurança coletivo: questão de legitimidade extraordinária de estado-membro em defesa de interesses da sua população. Ao estado-membro não se outorgou legitimidade extraordinária para a defesa, contra ato de autoridade federal no exercício de competência privativa da união, seja para a tutela de interesses difusos de sua população - que e restrito aos enumerados na lei da ação civil pública (l. 7.347/85 -, seja para a impetração de mandado de segurança coletivo, que e objeto da enumeração taxativa do art. 5., lxx da constituição. Além de não se poder extrair mediante construção ou raciocínio analógicos, a alegada legitimidade extraordinária não se explicaria no caso, porque, na estrutura do federalismo, o estado-membro não é órgão de gestão, nem de representação dos interesses de sua população, na órbita da competência privativa da união.* III. Assistência: interesse jurídico: verificação a partir da hipótese de vitória do adversário do assistente. Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se ela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante. (MS 21059, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1990, DJ 19-10-1990 PP-11486 EMENT VOL-01599-01 PP-00039 RTJ VOL-00133-02 PP-00652)

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo, mesmo diante da sua ausência no rol constitucional dos legitimados:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. *MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.*

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227

que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). [...]

21. Recurso especial provido.

(REsp 736524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 256)

Cumpra-se observar que o objeto da ação civil pública é a responsabilização por danos morais e materiais causados a bens de interesse público, ou seja, trata-se de uma tutela voltada para a reparação do dano, contudo o mandado de segurança visa evitar ou anular ato ilícito ou realizado com abuso de poder que cause lesão a direito líquido e certo, por sua vez, evitar ou fazer cessar o dano provocado pelo ato ilícito.

Portanto, não se pode atribuir a ilegitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo, em razão de sua legitimidade para a ação civil pública, uma vez que tais instrumentos de obter a tutela coletiva não são excludentes, ao contrário, têm como causa de pedir objetos distintos e tal como a tutela jurisdicional deduzida em cada um dos institutos.

Corroborando este entendimento, a doutrina admite a legitimidade do Ministério Público, sob os seguintes fundamentos:

O silêncio do art. 21, caput, da Lei 12.016/09 não afasta a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo. Ela, embora não seja prevista expressamente pelo inc. LXX do art. 5º da Constituição Federal, decorre imediatamente das finalidades institucionais daquele órgão tais quais definidas pelo art. 6º, VI da Lei Complementar n. 75/1993, para o Ministério Público dos Estados.¹³

13 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

ALVIM, Arruda. *Mandado de segurança e direito público*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ALVIM, Teresa Arruda. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BOULOS, Uadi Lamêgos. *Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo, Saraiva 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 7. ed. Bahia: Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, Henrique José; MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2ª série. Bahia: Jus Podivm, 2012.

FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança (comentários à Lei n.12.016, de 7 de agosto de 2009)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NA VISÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

*STAY OF PRELIMINARY ORDER IN VIEW OF THE DOCTRINE AND
JURISPRUDENCE*

Roberto Rodrigues Pandeló

Procurador do Banco Central do Brasil

*Especialista em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado
de São Paulo-SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza Jurídica da Suspensão de Segurança; 2 Relação entre Suspensão de Segurança e Interesse Público; 3 Constitucionalidade da Suspensão de Segurança; 4 Legitimados para Interposição; 5 Requisitos para Concessão de Suspensão de Segurança; 6 Suspensão de Segurança e Agravo de Instrumento; 7 Duração dos Efeitos da Suspensão de Segurança e Decisões Supervenientes; 8 Suspensão de Segurança e *Periculum in Mora* Inverso; 9 Ativismo Judicial e Suspensão de Segurança; 10 Conclusão; Referências.

RESUMO: O instituto da suspensão de segurança guarda estreita relação com o conceito de interesse público e o correto entendimento desse conceito é essencial para o estudo do presente tema. A visão da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto em questão é o objetivo deste artigo. Questões atuais, como a relação da suspensão de segurança com o ativismo judicial e a autocontenção judicial, também foram abordadas, sempre realizando o necessário cotejo com a recente jurisprudência dos tribunais superiores. Por fim, foram analisadas as principais questões teóricas e práticas sobre a suspensão de segurança.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão de Segurança. Interesse Público. Jurisprudência. Doutrina. Direito Processual Civil.

ABSTRACT: The institute stay of preliminary order is closely related to the concept of public interest and the correct understanding of this concept is essential to the study of this subject. The vision of the doctrine and jurisprudence on the matter in question is the purpose of this article. Current issues such as the relationship of the suspension of security with judicial activism and judicial self-restraint, were also addressed, always performing the necessary comparison with the recent decisions of the higher courts. Finally, we analyzed the major theoretical and practical issues on the suspension of security.

KEYWORDS: Stay of Preliminary Order. Public Interest. Jurisprudence. Doctrine. Civil Procedure Law.

INTRODUÇÃO

O estudo da chamada suspensão de segurança não tem atraído a atenção da doutrina, que se mostra escassa em relação a esse tema. Inversamente proporcional à escassez de debates sobre o assunto em questão é a importância dessa matéria no dia-a-dia forense, na medida em que esse instrumento colocado à disposição do Poder Público tem por finalidade retirar a eficácia de decisões judiciais, sejam aquelas proferidas em cognição sumária, sejam aquelas proferidas em cognição exauriente.

Observa-se, portanto, que a suspensão de segurança limita, ainda que temporariamente, decisões judiciais, fato esse que, por si só, deveria levar a um maior debate sobre o instituto.

O estudo sobre o tema em questão, com análise da doutrina existente, assim como a percepção da jurisprudência sobre o instituto, é o objetivo deste trabalho. Deve-se destacar, ainda, nesta introdução, que, embora este estudo faça menção ao termo “suspensão de segurança”, como já sedimentado no jargão jurídico, trata-se, em verdade, com a amplitude que o instituto ganhou com o tempo, de suspensão ou sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público, pois a suspensão aplica-se não apenas a decisões em mandado de segurança, mas em praticamente todas as decisões, de juízo singular ou colegiado, em cognição sumária ou exauriente, proferidas em desfavor do Poder Público, quando esteja no polo passivo da demanda.

1 NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Na busca da natureza jurídica da suspensão de segurança, deve-se partir da seguinte premissa: a suspensão de segurança tem por finalidade única suspender, ou tirar a eficácia, de uma decisão judicial. Assim, a suspensão de segurança não discute o acerto ou desacerto da decisão que se pretende suspender, mas tão somente o que se verifica é a potencialidade de lesão ao interesse público.

Como a suspensão de segurança não busca a reforma da decisão atacada, afasta-se, de plano, sua natureza como recurso, tendo em vista que não estão presentes os efeitos devolutivo e substitutivo que são próprios dos recursos. Como assevera Eduardo Arruda Alvim, “O pedido de suspensão não tem finalidade recursal. O art. 15, §3, da Lei nº 12.016/09, aplicável ao mandado de segurança deixa isso claro. Por seu intermédio, colima-se apenas a suspensão da liminar ou da sentença, e não a sua reforma ou anulação”.¹

1 ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão de Segurança. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 107, n. 413, p. 127, jan./jul. 2011.

Os tribunais, com certa frequência, imputam natureza político-administrativa aos pedidos de suspensão de segurança. Para justificar a natureza político-administrativa da suspensão de segurança, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet, assim se manifestou:

O requerimento de suspensão não constitui, portanto, recurso e, menos ainda, ação. Nele não há espaço para contraditório, ainda que o presidente possa, a seu exclusivo critério, ouvir a parte requerida e o órgão do Ministério Público (§ 2º do art. 4 da Lei 8.437/1992). De tudo isso se concluiu que, nesta excepcional autorização, a presidência exerce atividade meramente política avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extrajurídicas. Porque não examina o mérito da ação, nem questiona a juridicidade da medida atacada, é com discricionariedade próprio de juízo de conveniência e oportunidade que a presidência avalia o pedido de suspensão.²

Em que pese essa corrente encontrar respaldo nos tribunais superiores, não há como prevalecer no ordenamento jurídico, pois não se concebe que decisões administrativas possam se sobrepor a decisões judiciais. Embora seja evidente que é inafastável certa ponderação em relação às políticas públicas, momento em que devem ganhar força os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode resumir a natureza jurídica da suspensão de segurança como político-administrativa.

Há uma forte corrente na doutrina que entende que a natureza jurídica da suspensão de segurança é cautelar. Cândido Rangel Dinamarco, adepto dessa corrente, assim expõe seu pensamento: “Do ponto de vista puramente procedimental, não há dúvida de que se trata de mero *incidente do processo de mandado de segurança*”. Seguindo o seu raciocínio, assevera que:

Transpondo o que vem da conhecida linguagem de Piero Calamandrei em relação ao sistema cautelar, pode-se atribuir à medida suspensiva de competência do presidente do Tribunal, *mutatis mutandis*, a natureza de contra-cautela destinada a oferecer um equilíbrio jurídico e substancial entre valores em jogo. Havendo risco de certos males a serem causados pela medida concedida na instância

2 NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Suspensão de Segurança e de liminar*. RePro, 97/186.

precedente, reage a ordem processual mediante outra medida que de algum modo neutraliza tal risco e afasta esses males.³

Elton Venturi também entende que a natureza é cautelar, afirmando que “[...] parece-nos imprescindível que a concepção tradicional de tutela cautelar seja revisitada, sobretudo para reexaminar sua premissa fundamental fulcrada em escopos indiretos, mediatos, acessórios de outra função jurisdicional estatal, cognitiva ou executiva”⁴. O citado autor faz essa observação, para dizer que não há propriamente referibilidade entre a lide principal e o pedido de suspensão, mas sim reflexibilidade imediata e direta da sustação determinada pelo julgamento do pedido incidental sobre a eficácia dos provimentos presentes e futuramente deferidos na relação processual contra o Poder Público.

Por fim, também entre as principais teorias sobre a natureza jurídica da suspensão de segurança, há quem entenda que se trata de incidente processual. Marcelo Abelha Rodrigues sustenta essa posição defendendo “a ideia de que o requerimento de suspensão de execução judicial não é nem ação e nem recurso, figurando-se, sim, como típico instituto representante dos incidentes processuais, que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por sua vez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública”.⁵

A crítica que se faz a essa teoria resume-se ao fato de que, embora realmente a suspensão de segurança seja um incidente processual, essa corrente prende-se unicamente à forma do instrumento, deixando de investigar sua natureza ontológica, não averiguando a essência do instituto.

Analizadas as mais expressivas correntes sobre a natureza jurídica da suspensão de segurança, observa-se que é frágil a corrente que a qualifica como recurso. Embora encontre respaldo jurisprudencial, também não se pode considerar a suspensão de segurança como medida político-administrativa. Não há dúvidas acerca da natureza incidental da suspensão de segurança, tão somente havendo crítica no sentido de que essa é apenas a forma e não a essência do instituto. Por outro lado, no entanto, amoldar esse instituto como cautelar exige um esforço para que seja abandonada a ideia clássica sobre as ações cautelares. Importante destacar, ainda, como muito bem observado por Marcelo Abelha, a tendência legislativa de estabelecer o sincretismo processual:

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. In: *Revista Forense*, v. 98, n. 363, set-out 2002. p. 19.

4 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 64.

5 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança – Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 87.

No mais, pensamos que atribuir natureza de ação, formalmente considerada, contraria a tendência evolutiva de simplificação do processo, e os exemplos disso são mesmo a própria ação cautelar incidental, exterminada pelo art. 273, parágrafo 7º, do CPC, pelo qual se permite que as medidas cautelares sejam requeridas por medida avulsa, sem que exista o procedimento cautelar antes existente.⁶

Pode-se concluir, portanto, que a posição que melhor se adéqua à suspensão de segurança é aquela que define sua natureza jurídica como incidente processual, não podendo se olvidar que boa parte da doutrina entende que se trata de ação cautelar. Ressalte-se, no entanto, que, para sustentar a natureza cautelar da suspensão de segurança, há que se repensar o modelo clássico da ação cautelar e caminhar no sentido contrário ao sincretismo processual.

2 RELAÇÃO ENTRE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E INTERESSE PÚBLICO

O instituto da suspensão de segurança visa a proteção do interesse público. Uma das dificuldades da correta aplicação desse instituto envolve a adequada interpretação do significado de interesse público.

Basta analisar os julgados sobre suspensão de segurança, para observar que em muitos casos não se busca o interesse público, mas interesse específico do próprio ente público, muitas vezes até contrário ao interesse da coletividade.

A propósito, bem retratando a inadequada utilização da suspensão de segurança, há o seguinte julgado, em que utilizando a suspensão de segurança, o ente público pleiteava suspender decisão que determinava a nomeação de candidata que, embora tivesse apresentado certificado de conclusão de curso, ainda não estava com o diploma por questões burocráticas:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. CONCURSO PÚBLICO. FALTA DO DIPLOMA. A nomeação e posse de candidata aprovada em concurso público que apresentou atestado de conclusão do curso superior não causa grave lesão ao interesse público; atrasos de ordem burocrática para expedição do diploma não podem inviabilizar um direito. Agravo regimental não provido. (AgRg na SS 2.553/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro PRESIDENTE DO STJ, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2012, DJe 18/05/2012).

6 RODRIGUES, op. cit., p. 91.

Para iluminar a presente discussão mostra-se essencial buscar a doutrina de Renato Alessi sobre interesse público primário e interesse público secundário⁷. Segundo o citado processualista italiano, o interesse público primário corresponde ao próprio interesse da coletividade, que muito se difere do interesse público secundário, que pode se afastar do interesse da coletividade, aproximando-se do interesse do Estado, que, como sujeito de direitos, pode ter como qualquer outra pessoa.

Para que não restem dúvidas sobre o conceito de interesse público, que é de crucial importância para o estudo da suspensão de segurança, cabe trazer a lume os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

É que, além de subjetivar interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Esses últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois, aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização dos interesses públicos, só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.⁸

Nesse contexto, muitas vezes o ente público que pleiteia a suspensão de segurança utiliza a medida na tentativa de assegurar interesses públicos secundários e, ainda pior, muitos julgados dão guarida a essa utilização banal da medida extrema que se configura a suspensão de segurança.

7 ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 151-152.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 15. ed. 2003. p. 57.

A exemplificar a indevida utilização da suspensão de segurança para abrigar interesses secundários, transcreve-se ementa de julgado do TRF-3ª Região, que bem sinaliza esse fato:

Suspensão de segurança. Agravo regimental improvido. A suspensão de execução liminar não é sede para pedido de atualização monetária. Ausente qualquer lesão a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas – Agravo improvido”. (Processo 00494682119944030000, Desembargador Federal Homar Cais, TRF-3 Região, Tribunal Pleno, DJ de 18.10.1994).

É importante destacar, desde logo, que a suspensão de segurança é um instrumento bastante útil para defesa do verdadeiro interesse público, interesse público propriamente dito ou o chamado interesse público primário. É, com efeito, de grande utilidade e deve ser preservado. Isso não significa, contudo, que pode ser usado a qualquer custo pelo ente público.

O inadequado uso da suspensão de segurança tem gerado inúmeras críticas ao instituto. No entanto, as críticas, em boa parte, voltam-se contra o equivocado manejo da suspensão, em que, com base em suposta ofensa à ordem pública, à saúde, segurança e economias públicas (conceitos abertos), tem servido para tutelar interesse público secundário dos entes públicos.

Outra crítica ao instituto relaciona-se ao aspecto político que se faz no seu uso, em que se busca, por meio de suspensão de decisões judiciais, dar eficácia a políticas públicas. Nesse ponto, para ampliar a discussão sobre o tema, transcreve-se doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues:

O caráter ‘político’ a que se atribuiu a suspensão de segurança decorre do fato de que a sua finalidade atual tem sido permitir o exercício de ‘políticas públicas’ do Poder Executivo, que conseguem impedir – por intermédio dos presidentes dos tribunais – o controle dos abusos e ilegalidades do Poder Público, sempre sob o superficial argumento de que a liminar ou decisão judicial estaria ferindo a supremacia do interesse público.⁹

Essa questão do aspecto político da suspensão de segurança em contrapartida a políticas públicas do Estado merece uma maior reflexão. Deve-se analisar que ao Estado é essencial a implementação de políticas públicas que, em tese, devem refletir o interesse da sociedade. A política pública, desde que não eivada de inconstitucionalidade ou ilegalidade,

9 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 39-56, v. 9, n. 45, set./out. 2007.

não deve ter seu mérito analisado pelo Poder Judiciário, justamente para que seja homenageado o princípio da separação dos poderes.

Seguindo esse raciocínio, superada a questão da constitucionalidade e legalidade da política pública, a suspensão de segurança apresenta-se como instrumento de grande utilidade para que liminares, concedidas nas mais diversas comarcas ou seções judiciárias, não venham atravancar o cumprimento da política pública que, em tese, busca a proteção da coletividade.

Uma última questão envolvendo o interesse público deve ser estudada, qual seja a análise de questões que envolvem interesses transindividuais e a utilização da suspensão de segurança nessas hipóteses.

Antes do início da discussão apresentada acima, cabe destacar que, em geral, a suspensão de segurança é utilizada para suspender a eficácia de decisões que provêm de ações individuais. Nesses casos há interesse privado ou particular, de um lado, e interesse público, do outro lado. No entanto, há casos em que, por meio de ações civis públicas, há, de um lado, interesses de toda a coletividade (coletivos *lato sensu*) e, do outro lado, interesse público. Trata-se de questão de maior complexidade, que merece uma cautelosa análise.

A hipótese de estarem em suposto conflito interesses coletivos *lato sensu* e interesses públicos não obsta, por si só, o manejo da suspensão de segurança. Em princípio, como é cediço, interesses difusos, como sendo interesses da coletividade, caso estejam efetivamente evidenciados no caso concreto, não podem ser antagônicos ao interesse público, na medida em que são interesses convergentes.

No entanto, embora possam ser interesses convergentes, isso na hipótese de verdadeiramente existir um interesse difuso, nada obsta que seja utilizada a suspensão de segurança, pois, com tal medida, não se busca reformar eventual decisão proferida pelo Judiciário, mas apenas suspender a eficácia ou a execução dessa decisão.

A respeito do assunto, Marcelo Abelha Rodrigues faz a seguinte lúcida ponderação:

É evidente que, se é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que constitui a *ratio essendi* desta prerrogativa do Poder Público, certamente haverá casos em que, de um lado, no polo ativo, existirá um autor individual que tutela seu próprio direito, em contraste com uma alegação do Poder Público, no polo passivo da demanda, que sustentará que a tutela imediata e provisória do interesse particular poderá causar risco de grave lesão ao interesse público. Todavia, às vezes, no polo ativo, poderá existir um autor que postula em nome da coletividade, figurando apenas como legítimo condutor ou portador de interesse difusos, tal como acontece na ação civil pública (art. 5º da Lei

7.347/85). Nesse caso, poder-se-á estar diante de um choque de valores em que o contraste (público *versus* privado) não estará evidente, e, por isso mesmo, será necessário que o Presidente do Tribunal exerça um juízo de ponderação e razoabilidade que permitam identificar onde se encontra, naquele caso concreto, o interesse público.¹⁰

Em suma, o correto entendimento sobre o que significa o interesse público primário trará por consequência a justificação da utilização da suspensão de segurança. Contudo, o inadequado uso desse importante instrumento deverá ser repellido pelo Judiciário, sob pena de banalizar esse remédio.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Apesar da importância da suspensão de segurança, com impactante repercussão no processo civil, há pouca doutrina sobre o tema. E, parte dessa doutrina, considerando o instrumento em estudo um verdadeiro privilégio do Poder Público, encerra o debate sobre o tema na questão de sua suposta inconstitucionalidade. Nessa linha, Sérgio Ferraz, assim se pronuncia:

Já por mais de uma vez nos manifestamos sobre o tema: a suspensão de liminar por autoridade diversa que a concedeu, ou dos efeitos da decisão concessiva da segurança, é constitucionalmente esdrúxula, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional. Mas se torna totalmente inconstitucional se não observadas, como é de praxe, as garantias do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal. O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do presidente da Corte para a qual o *writ* deverá subir em recurso, mas sobretudo a circunstância de decidir ele sem audiência de todos os interessados na manutenção do decisório cuja suspensão se requer, somente torna mais aguada a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular.¹¹

Percebe-se, portanto, que uma forte crítica à suspensão de segurança envolve o princípio do contraditório. Nesse sentido, Aristoteles Atheniense, ao analisar a então vigente Lei nº 4.348/64, assim se manifestou:

10 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p.176/177.

11 FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: suspensão de sentença e da liminar. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 65.

Tendo a Lei nº 4.348/64 determinado que a suspensão da liminar se fizesse mediante ‘despacho fundamentado’, parece impraticável que isto possa ocorrer por parte do Presidente do Tribunal, sem que antes ouça a parte contrária.

A experiência tem mostrado que, na maioria dos casos, os pedidos de suspensão de liminar são concedidos sem razões concretas de interesse público, que estejam a motivar a solicitação.

Como não estão sujeitos ao crivo do contraditório, importam um atentado ao devido processo legal.¹²

Ainda no mesmo sentido, sustentando ofensa às garantias do devido processo legal, há a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Já por mais de uma vez nos manifestamos sobre o tema: a suspensão da liminar, por autoridade diversa da que a concedeu, é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal.¹³

A questão de inexistência do contraditório, contudo, não parece trazer nenhuma inconstitucionalidade no incidente de suspensão de segurança. Em verdade, há a presença do contraditório que, no entanto, é diferido, como acontece em outros momentos processuais (antecipação de tutela *inaudita altera parte*, por exemplo). Nesse sentido, transcreve-se doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues:

Assim, feitas estas considerações, só podemos sustentar a constitucionalidade deste incidente de suspensão de execução de decisão judicial, caso exista o efetivo contraditório, para que o autor da demanda possa alinhar as razões que justificam o afastamento da suspensão da eficácia da decisão concedida a seu favor. Entretanto, não pensamos que isso signifique que a medida suspensiva não possa ser concedida *inaudita altera parte*, já que, às vezes, a grave lesão é tão iminente que não poderia esperar a bilateralidade da audiência, ocorrendo o que Nery e Nery denominam ‘limitação imanente do contraditório que fica diferido para

12 ATHENIENSE, Aristoteles. A suspensão da liminar no mandado de segurança. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 103, jul./set. 1989. p. 279

13 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: *Ação Civil Pública*. coord. Édís Milaré, p. 457.

momento posterior do procedimento', ao comentarem sobre a tutela antecipada concedida sem ouvir o réu.¹⁴

Para Elton Venturi, no entanto, o contraditório, em regra, não pode ser diferido, devendo ser em momento prévio à análise da suspensão de segurança:

Desta forma, deve o juiz Presidente do Tribunal, sob pena de nulidade do procedimento, ao receber pedido de suspensão de liminar ou sentença, propiciar de pronto o contraditório, providenciando a intimação do requerido, em regra, antes de decidir sobre o pleito de suspensão, nos casos em que isso não acarrete a não efetividade da medida.¹⁵

Em que pese a discussão doutrinária sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão, no sentido de que o contraditório pode ser diferido, conforme ementa de julgado ora transcrita:

Agravo regimental na suspensão de segurança. Ofensa ao devido processo legal. Possibilidade de que o contraditório seja diferido. Preliminar rejeitada. Precedentes. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido” (Ag. Reg. Na Suspensão de Segurança 3.490 (RN), Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22.04.2010).

4 LEGITIMADOS PARA INTERPOSIÇÃO

Quando se estuda a legitimidade para postular o requerimento de suspensão de segurança, não há como deixar de observar as regras aplicáveis ao mandado de segurança. Trata-se de questão lógica, pois, se a chamada suspensão também se aplica às decisões proferidas em mandados de segurança, todas as partes que são passivamente legítimas no mandado de segurança também devem ter legitimidade ativa para postular a suspensão de segurança.

Partindo da premissa aludida no parágrafo anterior, além do Poder Público, englobado pela Administração Pública direta e indireta, não há como afastar a legitimidade dos agentes públicos delegados de serviços públicos, os concessionários e permissionários de serviço público.¹⁶

14 RODRIGUES, op. cit., p.207.

15 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 184.

16 MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles et al. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 95: “[...] O dispositivo deve ser interpretado de forma extensiva, no sentido de que não só a entidade pública, como também o órgão interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, e ainda as pessoas e órgãos de Direito Privado passíveis da segurança e que suportarem os seus efeitos”.

Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não hesita ao elencar a empresa pública e a sociedade de economia mista como partes legítimas para ingressar com pedido de suspensão de segurança, desde que estejam na defesa de interesse público decorrente de delegação¹⁷.

Portanto, de acordo com entendimento consolidado pela jurisprudência, a Administração Pública indireta é parte legítima para postular suspensão de segurança, exceção feita quando esteja explorando atividade econômica, hipótese em que, por força do princípio da isonomia, não pode utilizar esse instituto.

O Ministério Público, por sua vez, de acordo com pacífica doutrina e jurisprudência, também é parte legítima para interposição de suspensão de segurança. Atualmente, de acordo com a Lei nº 12.016/09 (art. 15), não restam dúvidas sobre a legitimidade do Ministério Público.

Além dos legitimados já citados, não há óbice para que alguns entes despersonalizados, porém providos de personalidade judiciária, possam ser partes legítimas, desde que esteja presente o interesse público. Exemplo comum dessa legitimidade são as Câmaras Municipais¹⁸.

Outra questão bastante interessante refere-se à legitimação ativa individual do agente público lotado em órgão público. A toda evidência não tem cabimento a legitimidade do servidor público, o que efetivamente deve ser afastado, para evitar precedentes nesse sentido.

No entanto, embora não haja previsão legal, em algumas hipóteses bastante peculiares, os tribunais, sob a fundamentação de que a suspensão de segurança visa proteger, em última análise o ente público e não seu funcionário, têm aceitado a legitimidade do servidor público. Nesse sentido, há o Informativo 246 do STF¹⁹.

Deve-se observar que, no caso mencionado no Informativo 246, apenas foi aceita a legitimidade do servidor público, por entender o STF que estava implícito o interesse do Poder Público, o que ainda é bastante controverso.

E nesse ponto nunca é demais lembrar que a interpretação da suspensão de segurança, por limitar direitos, deve ser sempre restritiva,

17 AgRg no AgRg nos EDcl na SLS .771/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, DJe 24/08/2009.

18 SS 936 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/1995, DJ 23-02-1996 PP-03625 EMENT VOL-01817-01 PP-00102.

19 Informativo 246 do STF: Legitimidade ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás, afastado do cargo por liminar em ação popular, para requerer a suspensão desta com base nos pressupostos da suspensão de segurança. Considerou-se caracterizado o interesse da instituição do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, uma vez que a medida liminar, anulando concurso público para auditor e procurador de contas, afastou todos os procuradores concursados, inclusive o Procurador-Geral, tendo o governador nomeado um Procurador-Geral interino.

razão pela qual há que se afastar qualquer tentativa de pessoa física, ainda que pretensamente defendendo direito de pessoa jurídica de direito público, utilizar-se da suspensão de segurança. Nesse sentido, cabe trazer a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Sem entrar no mérito da discussão, é possível, contudo, reconhecer que o instituto, por sua nota de excepcionalidade, deve – no mínimo – ser visto e interpretado de forma estrita (ou restritiva) não comportando indevidos alargamentos. Nesse sentido, aliás, Hely Lopes Meirelles já havia afirmado que, ‘sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe a sua sustação até o julgamento final do mandado.’²⁰

5 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Ressalte-se, de início, que há um ponto bastante claro e que não pode ser violado: apenas o Poder Público no polo passivo pode se utilizar da suspensão de segurança²¹. Embora lógica essa afirmação, o Poder Público, por vezes, ainda que no polo ativo da ação, insiste em utilizar-se da suspensão de segurança. A questão, contudo, é pacífica na jurisprudência:

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Ação movida pelo próprio poder público requerente do incidente. Não cabimento do pedido de suspensão. Indevida utilização do incidente como sucedâneo recursal. Pedido de suspensão indeferido. Agravo regimental desprovido.

I – [...].

II – *In casu*, contudo, mostra-se ausente um dos requisitos para a formulação do pedido nesta eg. Corte Superior, qual seja, *a ação originária proposta contra o Poder Público que formula o pedido de suspensão*, sendo inviável, portanto, a concessão do pleito do

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança: tutela preventiva, inibitória e específica da suspensão de segurança. In: *Doutrina*: Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa- 15 anos, organizado pelo Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2005. p. 271.

21 Observe-se, ainda, que não há prazo para que seja manejada a suspensão de segurança; contudo, quanto maior a demora em requerer a suspensão, mais difícil será convencer o Judiciário que houve violação a interesse público.

requerente em virtude da inafastabilidade deste óbice de natureza preliminar.

III - Desta forma, revela-se nítido o caráter recursal da presente insurgência, o que é vedado na estreita via da suspensão de segurança, cujo juízo político tem cabimento apenas para se evitar a grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso - AgRg na SLS1.787/PB, Rel. Min. FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJe 11/10/2013).

Voltando à análise dos requisitos, transcreve-se o *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e o *caput* do art. 15 da Lei nº 12.016/2009:

Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caber, sem efeito suspensivo, no prazo de 05 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Ambos os artigos fazem menção a conceitos abertos, tais como “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas”. No art. 4º da Lei nº 8.437/92, condiciona-se a grave lesão ao “manifesto interesse público” ou “flagrante ilegitimidade”. Embora tais condicionantes não estejam previstas na Lei nº 12.016/09, também se aplicam à suspensão de segurança nas hipóteses de mandado de segurança, pois não há como se conceber suspensão de segurança sem que esteja presente o “manifesto interesse público”.

Se dúvidas não existem sobre o conceito de “manifesto interesse público”, que deve ser entendido como interesse público primário, aparentemente se mostra ilógica a expressão “flagrante ilegitimidade”, pois, como não se deve analisar condição de ação ou o mérito na suspensão

de segurança, há aparente contradição na utilização da expressão “flagrante ilegitimidade”.

Com efeito, teria sido melhor não constar a expressão “flagrante ilegitimidade”, que nada acrescenta ao instituto da suspensão de segurança; ao contrário, acaba por confundir, pois para que seja analisada uma condição de ação há que se ingressar na seara da antijuridicidade da decisão. De qualquer maneira, o STJ já ter decidiu que, embora não se possa adentrar no mérito da juridicidade ou antijuridicidade da decisão, não há como deixar de fazê-lo totalmente:²²

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. O reconhecimento de lesão grave aos valores protegidos pelo art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, *exige um juízo mínimo acerca da decisão judicial. O dano só é potencial se tal juízo identificar a probabilidade de reforma do ato judicial.* - e disso aqui se trata. A decisão administrativa que determina o desconto em folha de pagamento dos servidores grevistas é compatível com o regime da lei. Agravo regimental não provido. (AgRg na SS 2.585/BA, Rel. Min. ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, DJe 6/9/2012 – grifo nosso).

Superada a questão do “manifesto interesse público” e da “flagrante ilegitimidade”, há que se analisar os conceitos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia públicas.

O conceito de ordem pública é indeterminado. José Afonso da Silva, ao analisar esse conceito, exprime a seguinte opinião:

[...] a *ordem pública* requer definição, até porque, como dissemos outra feita, a característica de seu significado é de suma importância, porquanto se trata de algo destinado a limitar situações subjetivas de vantagem, outorgadas pela Constituição. Em nome dela se têm praticado as maiores arbitrariedades. Com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana, quando ela apenas autoriza o exercício regular do poder de polícia.²³

Por ser um conceito aberto, a grave lesão à ordem pública dependerá do caso concreto, devendo estar associada ao conceito de

²² Registre-se Cássio Scarpinella Bueno, in *Liminar em mandado de segurança*, p. 190, embora admita ser corrente minoritária, afirma que a grave lesão que justifica o pedido de suspensão “só tem sentido se a decisão concessiva da liminar ou da sentença for injurídica”.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 753.

interesse público. Como exemplo, colaciona-se acórdão do STF, no qual a desobediência a resolução do Conselho Nacional de Justiça foi considerada lesão à ordem pública:

Agravo Regimental. Suspensão de segurança. Promoção por merecimento. Acesso ao cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça. [...]. Ocorrência de grave lesão à ordem pública. 1. [...]. 2. No presente caso, o Estado requerente demonstrou, de forma inequívoca, a situação constrangedora da grave lesão à ordem pública, consubstanciada no fato de que a decisão impugnada impede a aplicação de resolução de Conselho Nacional de Justiça, o que certamente inibe o exercício de suas atribuições institucionais. 3. [...]. 4. Possibilidade de ocorrência do chamado ‘efeito multiplicador’, tendo em vista a existência de magistrados em outras unidades da Federação em situação igual àquela dos agravante, o que levará ao total descumprimento do art. 2 da Resolução n. 6/2005 do Conselho Nacional de Justiça. 5. [...]”. (SS 3457 AgR, Rel.: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe-055, 2008 – grifo nosso).

No acórdão acima, além da discussão sobre ordem pública, observa-se o chamado “efeito multiplicador”, que são aquelas situações que, em razão da potencialidade de repetição de demandas, exigem uma atuação dos tribunais, sob pena de lesionar o interesse público. Nesse sentido, há outros julgados do STF.²⁴

Os conceitos de lesão à saúde, à segurança e economia públicas também são abertos e dependerão do caso concreto, para análise dos tribunais. Lembre-se, ainda, que por vezes envolvem políticas públicas, o que exige um adequado sopesamento em relação aos valores envolvidos.

6 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E AGRAVO DE INSTRUMENTO

O agravo, seja em qualquer uma de suas formas, é recurso que traz em sua natureza a busca pela reforma da decisão, para que nova decisão substitua a anterior. A suspensão de segurança, no entanto, como visto, não é um recurso, tratando-se de um incidente, ou contracautela, para alguns doutrinadores, em que se pleiteia somente a suspensão da decisão atacada.

²⁴ “Precatório. Sequestro de verbas públicas. EC n. 62/09. Nova sistemática. Declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Caracterização do efeito multiplicador. Risco de grave lesão à economia pública. Suspensão de segurança deferida. Agravo regimental improvido. O chamado efeito multiplicador, que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para o deferimento do pedido de suspensão”. (SS4326, Relator: Min. Cezar Peluso (Presidente), Tribunal pleno, publicado 01.02.2012 – grifo nosso).

Um dos princípios da Teoria Geral dos Recursos é a unirrecorribilidade, ou seja, para cada decisão deve haver apenas um recurso²⁵. No entanto, como a suspensão de segurança não é recurso, nada obsta a interposição de agravo e de suspensão de segurança, na medida em que buscam efeitos diversos.

A iluminar a discussão, Leonardo José Carneiro da Cunha assim se pronuncia sobre o tema:

Enquanto o agravo de instrumento constitui um recurso, o pedido de suspensão não detém natureza recursal. Logo, não há vedação ao ajuizamento simultâneo ou concomitante de ambas as medidas, visto que, não sendo uma delas recurso, não se aplica o princípio da singularidade ou unirrecorribilidade, segundo o qual, para cada ato judicial recorrível, há um único recurso previsto pelo ordenamento, sendo vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando a impugnação do mesmo ato judicial.²⁶

É pacífica a jurisprudência dos tribunais sobre o assunto, conforme seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Concessão de liminar em primeiro grau. Pedido de suspensão de liminar. Interposição anterior de agravo de instrumento. Cabimento. Competência do tribunal regional federal.

- A anterior interposição de agravo de instrumento contra a decisão de primeiro grau que concede medida liminar não impede o ajuizamento do pedido de suspensão.

- A negativa de seguimento ao agravo de instrumento sem o exame do mérito recursal não afasta a competência do tribunal de origem para apreciar e julgar o pedido de suspensão da liminar deferida em primeiro grau, objeto do referido recurso.

Recurso especial improvido. (REsp 1282495/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 16/03/2012).

²⁵ Segundo Didier, trata-se de regra implícita no sistema recursal brasileiro – no CPC de 1939, estava prevista no art. 809 (Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 10. ed. Salvador: Podvm, 2012. p. 47).

²⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 481.

Nunca houve dúvidas sobre a possibilidade de o agravo e a suspensão de segurança coexistirem no processo. Atualmente, com a edição da Lei nº 12.016/2009 (§3º, art. 15) está expressamente prevista a possibilidade de tramitação concomitante do agravo e da suspensão de segurança, não havendo maiores discussões sobre o tema.

É importante destacar que, se na prática a suspensão de segurança e o efeito suspensivo em agravo convergem para o mesmo resultado, há nítida distinção entre o requerimento de suspensão e o pedido no agravo, conforme ensina Marcelo Abelha Rodrigues:

Ora, para se obter o efeito suspensivo da decisão agravada com base no art. 558, é mister que, além do perigo da demora (no caso, o risco de lesão ao interesse público), também seja demonstrado, na plausibilidade do pedido, que a decisão agravada foi antijurídica: as razões do agravo estarão sempre vinculadas ao pedido de nova decisão sob alegação de que ele teria negado a aplicação correta do direito por vício de atividade ou de juízo. Todavia, o mesmo não se passa com relação ao pedido de suspensão requerido ao presidente do tribunal, já que, nesse caso, as razões do requerimento nem sequer se aproximam da juridicidade ou antijuridicidade da decisão, o que se comprova pelo fato de que tal decisão permanece intacta, com conteúdo incólume, mesmo depois de concedida a medida pelo presidente.²⁷

Verificada a diferença entre a suspensão de segurança e o recurso de agravo, bem como a possibilidade de tramitarem concomitantemente, há que se ter cautela ao se analisar o instituto da preclusão. Com efeito, ainda que tenha sido suspensa a liminar ou antecipação de tutela pelo presidente do tribunal, não haverá preclusão em relação ao agravo, na medida em que esse recurso buscará reformar a decisão atacada. Não haverá, no entanto, interesse no efeito suspensivo do recurso. Apenas isso.

Por outro lado, concedido efeito suspensivo no recurso de agravo de instrumento, não persiste o interesse no julgamento da suspensão de segurança, pois terá sido retirada a eficácia da decisão atacada.

7 DURAÇÃO DOS EFEITOS DA SUSPENSÃO E DECISÕES SUPERVENIENTES

Um dos aspectos mais polêmicos sobre a suspensão de segurança envolve a seguinte questão: suspensa uma decisão, até quando permanecerá suspensa?

²⁷ RODRIGUES, op. cit., 2010.

Antes de ingressar na discussão doutrinária sobre o tema, é importante observar que o art. 4º, §9º, da Lei 8.437/92, estabelece que a suspensão da execução perdura até o trânsito em julgado da decisão no processo.

Embora aparentemente resolvida a questão em razão do texto exposto de lei, há inúmeras discussões a respeito do assunto.

Em um primeiro momento, indaga-se: concedida uma liminar, posteriormente suspensa pelo presidente do tribunal, advindo sentença, em cognição exauriente, como poderá prevalecer a suspensão da liminar se a própria liminar já não mais existe com a sentença?

Cândido Rangel Dinamarco não concorda com a interpretação no sentido de que a suspensão perdura até o trânsito em julgado:

É sobre essa temática que versam os itens subsequentes, onde se demonstra que, cessando a eficácia da liminar quando a impetração vem a ser julgada por sentença, fica também prejudicada a medida presidencial suspensiva dos efeitos daquela. Possíveis razões de interesse público eventualmente capazes de impedir a imediata efetividade da tutela jurisdicional buscada pelo impetrante (Lei 4.348, de 26.6.1964, art. 4) hão de ser postas em confronto com a sentença e seus fundamentos – e não mais com a liminar, que já inexistente no mundo jurídico.²⁸

Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, ensina que havendo nova decisão não prevalece a suspensão de segurança. No entanto, segundo o referido jurista, a suspensão não deixa de existir automaticamente, devendo o presidente do tribunal que a concedeu ser provocado. Vejamos:

Em nosso sentir, o que quer o legislador é algo muito simples: que uma decisão do presidente do tribunal não seja cassada por um juízo de competência hierárquica inferior, v.g., quando obtida a suspensão da liminar perante o presidente do STJ (num caso do art. 15, § 1º, da Lei 12.016/2009); sobrevindo a sentença (que substitui a liminar), a perda da eficácia da suspensão não é imediata, porque o Presidente do STJ deve ser provocado e informado, dentro do incidente, que a medida liminar foi substituída pela sentença e, por isso, o incidente no qual o presidente do STJ teria dado a suspensão teria perdido o seu objeto. Isso evitaria que uma decisão inferior ‘passasse por cima’ de uma decisão superior, sem que este último órgão julgador tivesse revogado a sua própria decisão. Por isso mesmo que, v.g., obtida suspensão de tutela antecipada junto ao Presidente do STJ (art. 4º, § 4º, da Lei

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. In: *Revista Forense*, v. 98, n. 363, set-out 2002. p. 24.

8.437/92), ao proferir-se sentença na causa principal, não mais deverá perdurar a suspensão proferida pelo já referido STJ. Todavia essa revogação de eficácia só poderá ser feita pelo próprio STJ, na pessoa de seu próprio presidente, que deverá ser devidamente provocado nos autos da suspensão de segurança solicitando a revogação da eficácia, tendo em vista a perda do objeto cuja eficácia teria sido suspensa.²⁹

Ainda segundo Marcelo Abelha, caso o presidente do tribunal não seja provocado, e se ainda assim for desconsiderada a suspensão de segurança, poderá o ente público aviar pedido de reclamação para o próprio tribunal, no sentido de que seja concedida liminar para preservação da autoridade de seus julgados.

Elton Venturi, no entanto, interpreta a questão de acordo com o texto de lei, admitindo a ultra-atividade da suspensão de segurança, ainda que a decisão suspensa venha a ser substituída por outra contrária ao Poder Público:

Em síntese, não vemos razão lógica suficiente a sustentar que a decisão de procedência do incidente de suspensão liminar, desde que proferida mediante a observância do devido processo legal, perca automaticamente sua autoridade pelo fato de a liminar sustada vir a ser substituída pela sentença (não definitiva) de procedência do feito.

Continuando seu raciocínio, fiando-se na Súmula 626 do STF³⁰, conclui que:

Fica, pois, assentada a chamada ultra-atividade endoprocessual das decisões no âmbito do incidente de suspensão de liminares e sentenças, ao menos quanto às implicações do deferimento da suspensão no processo que lhe hospeda, uma vez que a suspensão de um provimento não é ilidida, automaticamente, pela mera substituição da liminar pela sentença, ou desta por acórdãos que julgam recursos interpostos no curso da relação jurídica processual instaurada contra o Poder Público.

29 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança. op. cit., p. 194.

30 Súmula 626 do STF: "A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com a impetração"

O entendimento de Elton Venturi parece coincidir com a intenção do legislador. Efetivamente, a suspensão de segurança apenas retira a eficácia da decisão, não alterando seu conteúdo. Caso a parte autora entenda que não subsistem os requisitos autorizadores para a suspensão de segurança, poderá provocar, a qualquer tempo, mas principalmente após advir nova decisão, o presidente do tribunal que concedeu a suspensão, podendo obter, se o caso, a revogação da suspensão. Nesse sentido é a doutrina de Elton Venturi:

Diante da natureza dinâmica e precária da tutela cautelar e da consequente característica da sua revogabilidade, não se afasta a possibilidade de, a qualquer momento, havendo nova configuração fática (causa de pedir) que conduza à insubsistência da situação cautelanda, determinar-se a revogação da suspensão. (obra citada, p. 241).

Nesse tópico não há unanimidade na jurisprudência. Assim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Suspensão de segurança. Concessão. Alegação de omissão. Suposta prejudicialidade. Liminar objeto do pedido de suspensão no Tribunal local. Superveniência de sentença. Irrelevância. Objeto da liminar idêntico ao da sentença. Embargos de declaração rejeitados. *A superveniência de sentença que confirma liminar, nos termos, não prejudica o conhecimento do pedido de suspensão* (Emb. Decl. na Suspensão de Segurança 4.314 São Paulo – grifo nosso).

No julgado transcrito acima, houve novo pedido de suspensão de segurança, com o advento da sentença, que foi conhecido e provido pelo STF.

Há julgados, no entanto, que aplicam a ultra-atividade da suspensão de segurança, desde que não haja impugnação pelas partes da decisão do tribunal que deferiu a suspensão de segurança, conforme decisão do STJ:

Ora, se há previsão de recurso contra a decisão concessiva da suspensão da segurança, por óbvio que poderá ser reformada a decisão, caso em que não vigorará até o trânsito em julgado da decisão principal. Entendimento contrário, tornaria letra morta o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, os quais, inclusive, admitem expressamente a possibilidade de novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para reconhecer eventual recurso especial ou extraordinário. Contudo, não havendo impugnação pelas partes da decisão do Presidente do Tribunal que deferir o pedido de

suspensão de segurança, será aplicado o parágrafo 9º do supracitado dispositivo, caso em que o *decisum* vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal ou até outro prazo inferior fixado pelo magistrado, conforme orientação adotada pela Corte Especial deste Tribunal Superior” (STJ- REsp 1150873/SP – Segunda Turma – Rel. Ministro Campbell Marques – Dje 28/04/2011).

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, havendo identidade entre os objetos da liminar e da sentença, há ultra-atividade da suspensão de segurança, que perdura até o trânsito em julgado:

Reclamação. Procedência do pedido. Sentença em mandado de segurança.

Descumprimento de comando expresso em decisão desta corte. Súmula nº 626 do STF. Agravo regimental improvido.

– A vigência temporal da decisão da suspensão de segurança, quando o objeto da liminar deferida é idêntico ao da impetração, deve ser entendida de acordo com o art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437/1992, ou seja, até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. Exegese condensada no verbete n. 626 da Súmula do Pretório Excelso.

– [...]

Agravo regimental improvido. (AgRg na Rcl 3.503/PI, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, DJe 29/10/2009).

É importante destacar que o tribunal pode limitar a duração da suspensão de segurança, adotando prazo menor do que o trânsito em julgado. Nesse sentido, há o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Vigência da decisão proferida pelo presidente do tribunal concedendo suspensão de liminar. Art. 4º da lei nº 8.437/92. *Possibilidade de fixação de prazo de vigência inferior ao trânsito em julgado da ação principal. Precedente da corte especial.* Ausência de prejuízo para a fazenda pública. Apelo recebido no duplo efeito e possibilidade de novo pedido suspensivo.

1. O pedido de suspensão de segurança, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal ou até outro prazo inferior fixado pelo

presidente do Tribunal, consoante orientação adotada pela Corte Especial deste STJ (AgRg na SLS 162/PE, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, DJ 11/12/2006 – grifo nosso).

2. [...].

3. [...] (REsp 1150873/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 28/04/2011 – grifo nosso).

Da análise da doutrina e da jurisprudência, concluiu-se que a suspensão de segurança limita-se a suspender o conteúdo que foi objeto da decisão atacada. Não há como se suspender matéria que sequer foi objeto da liminar. Ademais, mesmo na hipótese de advir nova decisão, caso não haja provocação ao presidente do tribunal que concedeu a suspensão de segurança, haverá a ultra-atividade daquela decisão, que, se afrontada, poderá ensejar a interposição Reclamação. Sem prejuízo ao que foi alegado, a qualquer momento a parte prejudicada pela suspensão de segurança pode provocar o presidente do tribunal que a concedeu, principalmente quando advém decisão posterior àquela que foi suspensa.

8 SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E PERICULUM IN MORA INVERSO

Conforme já esclarecido, a suspensão de segurança tem por finalidade suspender ou tirar a eficácia de decisão contrária ao Poder Público, nas demandas em que se encontre no polo passivo. Vale reiterar, para que não restem dúvidas, que a suspensão de segurança não deve buscar a reforma ou nulidade da sentença, haja vista que não é recurso.

Em alguns casos, a suspensão de uma liminar, antecipação de tutela ou mesmo sentença, ainda que proteja o interesse público, pode gerar dano irreparável à parte autora que buscou o Judiciário.

Para exemplificar, uma ação judicial em que se busque uma antecipação de tutela ou medida liminar, em que a parte autora pleiteie um medicamento essencial para a sua sobrevivência, concedida a liminar e, após, deferida a suspensão, haverá risco de a parte autora morrer, caso não utilize o medicamento. Nessa hipótese, como inúmeras outras que se possa imaginar, há grave risco de *periculum in mora* inverso, ou seja, a demora na efetivação da decisão judicial poderá levar a uma situação irreversível para a parte autora.

A propósito do exemplo supramencionado, há o seguinte julgado:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. *Possibilidade de ocorrência de dano inverso*. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001 – grifo nosso).

Mais uma vez, não há que se criticar o texto de lei. O que deve ser feito é a adequada utilização do instrumento pelo Poder Público, assim como a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pelos tribunais.

9 ATIVISMO JUDICIAL E SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A atividade judicial, caracterizada por sua inércia e imparcialidade, tem se transformado ao longo dos tempos, mais especificamente com o chamado ativismo judicial, em que os magistrados saem da inércia na busca de aplicar o direito de forma mais equânime e justa.

Em recente estudo sobre o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso faz as seguintes ponderações:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³¹

31 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>, p. 6. Acesso em: 21 jan. 2013.

Tem-se, assim, ao menos em tese, um juiz comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais, que, em contraposição ao garantismo judicial, interpreta as leis de forma a dar maior efetividade aos citados direitos.

O ativismo judicial, por outro lado, embora por vezes seja a única maneira de se assegurar direitos fundamentais, quando indevidamente utilizado gera inúmeras consequências ao Poder Público, a quem não resta alternativa, senão se valer da suspensão da segurança.

Sem se ingressar no mérito das ações que envolvem políticas públicas, o ativismo judicial desmedido pode voltar-se contra o interesse público. Em contrapartida, oposto ao chamado ativismo positivo, há o chamado ativismo negativo, conforme doutrina de Marcos Destefenni:

Infelizmente é comum deparar-se com o ativismo negativo no âmbito da jurisdição coletiva, sobretudo por meio de suspensão de segurança, instituto extremamente questionável que funciona como um remédio contra as decisões que veiculam tutela de urgência contra o Poder Público.³²

Portanto, para o referido autor, a suspensão de segurança muitas vezes acaba por servir como uma forma de ativismo negativo do Judiciário, em que, sob a fundamentação de se proteger o interesse público, decisões que tentam dar plena eficácia a direitos fundamentais são muitas vezes suspensas.

Enquanto Marcos Destefenni fala em ativismo judicial negativo, Luís Roberto Barroso usa a expressão autocontenção judicial, fazendo os seguintes esclarecimentos:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam em seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair

32 DESTEFENNI, Marcos. Ativismo judicial e ações coletivas: a suspensão de segurança e o ativismo negativo. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*, Coordenadores Alberto Camina Moreira, Anselmo Pietro Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Saraiva, 2011.

o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.³³

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, enfrentou, com cautela, a questão de suspensão de segurança e ativismo judicial:

Pedido de suspensão de medida liminar. Interferência do judiciário na atividade administrativa. Flagrante ilegitimidade e lesão à ordem pública. Ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário. Na espécie, em última análise, o MM. Juiz Federal fez mais do que a Administração poderia fazer, porque impôs o que esta só pode autorizar, isto é, que alguém assuma a responsabilidade pela prestação de serviço público. Agravo regimental não provido. CPC126. (1427 CE 2011/0185577-1, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 05/12/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 29/02/2012).

Feitas essas considerações, há que se ponderar que a chamada judicialização da vida³⁴, tem levado a um aumento de demandas movidas em face do Poder Público, muitas vezes questionando políticas públicas. Ao lado da judicialização, há o ativismo judicial, assim como o excesso de liminares em desfavor do Poder Público, que acabam por legitimar a existência da chamada suspensão de segurança, que, como prerrogativa do Poder Público, se corretamente utilizada, efetivamente preservará o interesse público.

A suspensão de segurança corretamente utilizada mostra-se imprescindível ao Poder Público, não sendo um privilégio, mas uma prerrogativa, como tantas outras, essencial para a proteção, em última análise, do interesse público.

Assim como se deve criticar o desmedido ativismo positivo, também não há o que se comemorar com o ativismo negativo, quando sopesando direitos fundamentais e interesses públicos secundários, garante-se este último em detrimento daquele outro.

33 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>, p. 6. Acesso em: 21 jan. 2013.

34 Expressão utilizada por Luís Roberto Barroso, em seu artigo "Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, publicado no endereço eletrônico www.direitofranca.br/direitonovo. Acesso em: 21. jan. 2013.

A aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pode auxiliar na árdua tarefa de aplicar o direito, em especial em relação ao incidente de suspensão segurança. A adoção de posições extremadas, repudiando a aplicação da suspensão, ou escondendo suas mazelas, além de nada adiantar para o desenvolvimento do instituto, pode criar um equivocado conceito sobre suspensão de segurança.

10 CONCLUSÃO

A natureza jurídica da suspensão de segurança é de incidente processual. A corrente que aponta a natureza da suspensão como recurso não pode prevalecer, pois o incidente de suspensão não tem a finalidade de reformar ou anular a decisão; a outra corrente, que imputa à suspensão natureza político-administrativa também não pode prosperar, pois medidas administrativas não podem se sobrepor a decisões judiciais e, por fim, para que seja dada a natureza de ação cautelar, conforme outra corrente, deverá ser repensado o modelo clássico de ação cautelar.

A suspensão de segurança, para ser corretamente entendida, deve ser analisada a partir do conceito de interesse público primário.

Embora haja corrente doutrinária que entende que a suspensão de segurança é inconstitucional, ante a ausência de contraditório, em verdade, há contraditório diferido (posição do Supremo Tribunal Federal).

As partes que são passivamente legítimas no Mandado de Segurança, por consequência lógica, podem pleitear a suspensão de segurança. Além da administração pública direta, a administração pública indireta, quando esteja investida na defesa do interesse público, também é parte legítima, assim como o Ministério Público.

É plenamente possível a tramitação concomitante entre agravo de instrumento e suspensão de segurança, não havendo ofensa ao princípio da unirrecorribilidade.

Deferida a suspensão de segurança, vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei nº 12.016/2009, que apenas poderá ser revogada, por provocação da parte interessada, junto ao presidente do tribunal que a concedeu.

Há que ser criteriosamente analisado o deferimento de suspensão de segurança, para que seja evitado o *periculum in mora* inverso.

A judicialização do cotidiano e o ativismo judicial, fenômenos sociais recentes, aumentaram o número de demandas movidas em desfavor do Poder Público, ganhando importância, nesse cenário, a suspensão de segurança.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão de Segurança. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 107, n. 413, jan./jul. 2011.
- ATHENIENSE, Aristoteles. A suspensão da liminar no mandado de segurança. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 103, jul./set. 1989.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo>>, Acesso em: 21 jan. 2013.
- BUENO, Cássio Scarpinella. As novas regras de suspensão de liminar em mandado de segurança. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois* – Coordenadores Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- DESTEFENNI, Marcos. Ativismo judicial e ações coletivas: a suspensão de segurança e o ativismo negativo. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*, Coordenadores Alberto Camina Moreira, Anselmo Pietro Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, 10. ed. Salvador: Podvm, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo presidente do tribunal. In: *Revista Forense*, v. 98, n. 363, set./out. 2002.
- FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: suspensão de sentença e da liminar. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança: tutela preventiva, inibitória e específica da suspensão de segurança. In: *Doutrina: Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa- 15 anos, organizado pelo Gabinete do Ministro-Diretor da Revista*. Brasília: STJ, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: *Ação Civil Pública*, coord. Édis Milaré.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles et al. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 15. ed. 2003.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Segurança e de liminar. In: *RePro* 97/186.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público, 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, v. 9, n. 45, set./out. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. A natureza jurídica dos pedidos de suspensão de eficácia de liminares e sentenças contrárias ao poder público. In: *Estudo de direito processual civil: homenagem ao professor Ergas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*EFFECTS OF THE DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY
IN PLACE OF PUBLIC CIVIL ACTION IN THE NEW CODE OF CIVIL
PROCEDURE*

Rodrigo Fernando Machado Chaves

Procurador Federal da Procuradoria Geral Federal/AGU

Presidente da Comissão Processante Permanente da 3ª Região

*Responsável pela Divisão de Defesa Institucional de Prerrogativas da Carreira e
Comunicação Institucional da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de constitucionalidade; 2 Controle de constitucionalidade difuso; 3 Controle de constitucionalidade concentrado; 4 Efeitos ex tunc, ex nunc e pro futuro da declaração de Inconstitucionalidade; 5 Interpretação conforme a Constituição e a Declaração de Inconstitucionalidade sem redução de texto; 6 Da Ação Civil Pública; 7 Dos Direitos Metaindividuais; 8 Quanto a legitimidade; 9 Da Coisa Julgada; 10 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo atual sistema Processual Civil; 11 Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública à luz do projeto do novo Código de Processo Civil; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, diferenciando os efeitos erga omnes decorrentes do fato jurídico com efeitos difusos tratado por esta demanda, dos efeitos erga omnes decorrentes do efeito Ademais, buscamos apontar uma grave problemática introduzida pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, com a alteração dos efeitos preclusivos da coisa julgada, para abarcar as questões prejudiciais ao processo, notadamente a questão constitucional debatida em sede de ações coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Ação Civil Pública. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to analyze the effects of the declaration of unconstitutionality based on the Public Civil Action, differentiating the effects erga omnes stemming from legal facts with diffuse effects treated by this demand, the effects erga omnes stemming from the normative declaration of unconstitutionality in based of concentrated control of constitutionality Furthermore, we seek to point out a serious problem introduced by the project of the New Civil Procedure Code, to amend of preclusive effects res judicata, to embrace questions referred to the process, notably constitutional issue discussed in the collective actions.

KEYWORDS: Judicial Review. Civil Action. Direct Action of Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Com o aumento da notoriedade dos direitos metaindividuais e da lei 7347/85, que regulamentam o procedimento da Ação Civil Pública, veio a lume uma celeuma acerca da compatibilidade dos efeitos erga omnes da decisão deste instrumento processual e dos efeitos intra partes do controle de constitucionalidade difuso.

O tema sub examine ganhou grande relevância com a discussão em sede de demandas tributárias, onde se debatia a Constitucionalidade do pagamento de alguns tributos, de onde defluíram diversos debates sobre a admissão, ou não, deste fenômeno processual em nosso sistema.

Segundo alguns, havendo no direito brasileiro os controles abstrato e concreto de constitucionalidade, sendo o abstrato de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e o concreto aplicado a casos específicos de maneira incidental e prejudicial ao julgamento do mérito da demanda, como a decisão da ação civil pública e os correlatos efeitos erga omnes, não poderia ensejar o controle de constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação de competência do STF.

A questão, todavia, apresentou trilhar exegético diametralmente distinto dos posicionamentos acima apresentados, adotando entendimento de que inexistente incompatibilidade entre os efeitos erga omnes e intra partes do controle de constitucionalidade difuso e suposta supressão da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a incompatibilidade de norma com efeitos *erga omnes*.

Porém, em nossa ótica do tema, agora sob o enfoque apresentado pela nova sistemática do projeto de alteração do Novo Código de Processo Civil, o complexo tema, ganha novos contornos, para apresentar uma nova conjectura que se avizinha, e que torna todo o entendimento até então existente como premissas de novas deduções e entendimentos, aqui, pretensamente, apresentados.

Muito longe de apresentar um posicionamento concludente e definitivo da questão, o presente trabalho tem como propósito descortinar a questão em cada um de seus elementos, para posicionar o leitor da problemática vivida em nosso ordenamento, e das insolúveis deduções que podemos encontrar, a depender do trilhar interpretativo adotado.

Para a exposição do tema, adotaremos uma linha argumentativa específica, tendo em vista que a Norma Constitucional é o objeto de

análise do Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado restando necessário rememorar premissas da Teoria Geral da Norma Constitucional, divorciando os conceitos de norma in concreto para norma in abstrato, de modo a diferenciar o campo de atuação do controle de constitucionalidade difuso do concentrado.

Outrossim, identificaremos os efeitos erga omnes do controle de Constitucionalidade Concentrado, daqueloutro, relativo aos efeitos erga omnes do controle de Constitucionalidade difuso, decorrentes da decisões proferidas em sede de Ação Civil Pública.

Corolariamente aos entendimentos perfilhados, encontraremos os exatos limites dos efeitos da decisão, aos auspícios da análise da legitimidade extraordinária e anômala, inerentes a tutelas coletivas como a Adin e a ACP.

Por fim, apresentaremos os entendimentos cogentes à confecção deste trabalho, em torno do Projeto do Novo Código de Processo Civil, mais especificamente no que se atina a formação da coisa julgada, e os limites em relação ao pedido e causa de pedir, e quais os efeitos que esta alteração ensejará sobre o tema ora proposto.

Por óbvio, cumpre-nos observar que as premissas e conclusões aqui adotadas são determinadas por uma questão metodológica de aplicação, sem prejuízo do surgimento de outras premissas igualmente relevantes para o entendimento da matéria.

Avançaremos de modo gradual de acordo com a metodologia proposta, a fim de que as conclusões ao final expostas sejam deduzidas de forma natural das premissas apresentadas.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Consoante sabido, o Diploma normativo Constitucional é o ato fundador de um Estado. Tem por escopo constituir um sistema de normas jurídicas com a precípua função de regular as forma do Estado, o modo de aquisição, exercício e limites do poder, bem como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Mais do que isso, a Constituição é um processo de ruptura com o passado e inauguração de um novo sistema, não importando quantas vezes se repita, de forma ordenada e concatenada com o ordenamento vigente, que passa a extrair seu fundamento de validade do Novo Diploma Constitucional, sob os auspícios do fenômeno da recepção das Normas que tiverem conteúdo material compatível com o novo texto Constitucional.

Ao sistematizar o surgimento das normas e lhes indicar sob que caminho se deve enveredar ao regular a sociedade, a supremacia da Constituição estabelece parâmetros quanto ao seu conteúdo e organicidade, que devem tencionar as normas infraconstitucionais.

Neste sentido, estabelecida a ordem Constitucional, a produção normativa tem de estar de acordo com os paradigmas de adequação do texto constitucional, de forma que as normas infraconstitucionais tem de ser convalidadas sob o aspecto formal, de forma a adotar todos os procedimentos e competências previamente estabelecidas para o regular surgimento de Diplomas normativos.

Outrossim, o próprio conteúdo dos diversos diplomas normativos tem de possuir adequação com a matéria tratada na Constituição, de forma que, materialmente, seja com esta compatível.

No caso de inexistência desta adequação da norma infraconstitucional com o texto constitucional, seja pelo aspecto material de seu conteúdo, seja por eventual falha no procedimento de formação do Diploma, diz-se que a norma é inconstitucional, de onde se deflui uma antinomia entre a norma criada e a norma criadora, ensejando, portanto, a consequente nulificação daquela.

Nem poderíamos extrair uma solução diversa, eis que havendo uma relação de dependência da norma infraconstitucional com o texto Constitucional, não pode àquela sobreviver à revelia dos comandos contidos nesta.

É exatamente neste contexto que surge o controle de constitucionalidade, que são instrumentos lançados pelo texto Constitucional para a defesa das normas contidas em seu corpo, mantendo-se a hierarquia e a unicidade do ordenamento.

Destarte, é a submissão da verificação de compatibilidade e adequação, formal e material, das normas de um determinado ordenamento jurídico, com os comandos do paradigma Constitucional em vigor, retirando do sistema jurídico aquelas que estejam maculadas pela inconstitucionalidade.

Note-se que, como um instrumento que garante a própria existência do sistema, várias são as modalidades de controle de constitucionalidade que podem ser utilizadas pelo intérprete, pois sempre que houver uma atividade que implique na validação de determinada norma, estaremos diante de um controle de constitucionalidade.

Entrementes, para que possamos caminhar em nossas conclusões no enfrentamento do tema sugerido para este estudo científico, urge limitarmos nosso foco de atenção no que concerne ao meio de provocação do órgão jurisdicional, qual seja o sistema difuso e o sistema concentrado do controle de constitucionalidade.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

Detalhada a forma com que o texto Constitucional é defendido pela forma direta, é preciso mencionar que, sendo o sistema de alegação e controle de Constitucionalidade inserido no bojo de linguagem jurídica posta e autorizada pelo sistema (demanda), a Constituição Federal, com vistas a regular a alegação de inconstitucionalidade no bojo de uma ação, logrou criar o Controle de Constitucionalidade Difuso.

Neste sistema, uma das partes de uma demanda, ao alegar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que ampara determinada o pleito, deseja, entretanto que seja afastada a pertinência da norma com o texto Constitucional, tornando infundado qualquer pleito que se baseie em seus comandos.

Surge, deste modo, diferentemente da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que a demanda tem por objeto de debate o conteúdo da norma in abstrato, o caso do controle de constitucionalidade difuso, em que questão constitucional constitui uma questão prejudicial, *incidenter tantum*, a análise do objeto da demanda, que é um bem da vida pretendido, cuja análise, bem por isso, deverá anteceder o julgamento do pedido.

Nesse sentido, da análise do referido dispositivo, verifica-se que este se refere ao controle difuso em face dos Tribunais Superiores, de modo que, quando este ocorrer perante um juízo monocrático, este poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo *intra partes*, ou seja, a decisão terá efeitos entre as partes litigantes do processo.

Note-se que este tipo de controle surge quando o juiz, em sua atividade cognitiva sobre determinado fato concreto, identifica, dentre os fundamentos do pedido, questão prejudicial ao conhecimento da demanda, tida como incompatível com o texto constitucional, restando a aplicação da norma ao caso concreto de impossível realização.

Com a ocorrência do *incidenter tantum*, o operador da norma declara a inconstitucionalidade de uma norma para determinado caso, todavia, essa decisão não faz coisa julgada.

Isto ocorre pois, ao se declarar a inconstitucionalidade de forma incidental, forma-se uma norma *in concreto* e *inter partes*, sendo que terceiros poderão alegar, novamente, lei declarada inconstitucional por meio do controle difuso, para

Ou seja, enquanto no controle de constitucionalidade difuso o operador lida com a norma *in concreto*, no controle de constitucionalidade concentrado, o operador lida com a norma *in abstrato*.

Acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, o que vem estabelecido pelos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que diz que o Senado Federal, em ato discricionário, poderá suspender a execução daquele ato normativo, com eficácia erga omnes e efeitos ex nunc, através de resolução senatorial.

Outra questão que merece nosso detalhamento em relação ao controle de constitucionalidade difuso no Brasil, diz respeito a cláusula de reserva de Plenário, estabelecida pelo artigo 97 da Constituição Federal, de onde deflui-se que, no que se atina a órgãos superiores colegiados, só poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pela maioria absoluta dos seus membros, ou membros do órgão especial.

Note-se que a reserva de plenário se restringe aos casos de inconstitucionalidade, de forma que, havendo a declaração de constitucionalidade, não é necessária a submissão da questão ao Pleno da turma ou câmara recursal.

Quanto ao procedimento para a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso sofreu significativa alteração pelas leis 9.756/98 e 9.868/99, introduzindo diversas determinações e admitindo inúmeras ingerências na demanda individual, com o escopo de aproximar os instrumentos de controle difuso e concentrado.

Trata-se de uma nítida aproximação dos instrumentos de controle difuso e concentrado quanto a natureza ampla de intervenção com que são admitidos terceiros no processo, constituindo-se em um passo normativo tendente a ampliação dos efeitos da sentença no controle difuso e aproximação da aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que é a possibilidade de que os motivos determinantes da decisão proferida pelo STF, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, passe a produzir efeitos erga omnes, vinculantes (RE 197.917-SP).

Nesse diapasão, segundo o disposto pelo art. 480 do CPC, argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno, sendo que, havendo pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998).

Uma vez remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento, sendo que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

Ademais, os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 1999).

E mais, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO

Originário da influência Austríaca em nosso ordenamento, o Controle de Constitucionalidade repressivo jurisdicional concentrado contempla, hodiernamente, cinco espécies estabelecidas na Constituição Federal, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I, a, CF); Ação Direta de Constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103 §2.º, da CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III, da CF); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1.º da CF).

Ante o complexo tema do controle de constitucionalidade, e para melhor compreensão do tema sub examine, se faz necessário limitarmos nosso foco de atenção à Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que possamos confrontar seus efeitos com os decorrentes da Ação Civil Pública, conforme veremos adiante.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) visa solucionar a antinomia entre a Lex Major, sob o aspecto da adequação formal ou material, através de uma via direta, em que alguns legitimados para a sua propositura, apresentam ao Supremo Tribunal Federal demanda com o condão de ver declarada a norma inconstitucional, conforme o disposto no artigo 102, I a, da CF.

Trata-se, portanto, de um processo de natureza objetiva, uma vez que nenhum interesse subjetivo de particulares está sendo

apreciado na demanda. Aqui, o exame da constitucionalidade da norma é o objeto mesmo da ação, realizado por uma corte especialmente designada para tal fim, que produz eficácia em relação a todos (eficácia erga omnes).

Como estamos diante de um instrumento objetivo, que tem por objeto da demanda, a própria norma impugnada desprovida de uma situação fática concreta, para a propositura desta demanda, foram eleitos determinador legitimados, que são: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal (Alterado pela EC-000.045-2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A estrutura diferencia de legitimação para a propositura da demanda se justifica pelo interesse representado pelo legitimado para a propositura de demanda, de modo que, para o Presidente da República, a Mesa da Câmara, Mesa do Senado Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, a legitimação para a propositura é universal, de forma que o interesse de agir para garantir a legitimidade das leis no sistema jurídico é aberta e independe do tema que será tratado.

No caso da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador do Estado ou do Distrito Federal e confederação sindical de interesse de classe de âmbito nacional, a legitimidade é temática, ou seja, é necessária a demonstração de pertinência temática entre as funções desempenhadas pelo ente e o objeto da demanda que está sendo proposta.¹

Assim, fica ressalvada a competência originária ou funcional vertical do Supremo Tribunal Federal para avaliar se determinada norma in abstracto está, formal e materialmente, compatível com outras normas que estão no mesmo ápice do escalonamento normativo.

O que é averiguado pelo STF é a norma que contenha generalidade e abstração, não havendo um caso concreto a ser analisado na demanda. É, portanto, o próprio objeto da Adin a extirpação da lei ou ato normativo

¹ Existem, contudo, algumas matérias que não podem ser submetidas a controle concentrado de Constitucionalidade pela via da Ação Direta, como é o caso de lei o ato normativo municipal em face da Constituição Federal, ou de normas administrativas normativas, eis que, para esta hipótese, a inconstitucionalidade é reflexa e a norma atacada não possui autonomia e abstração necessária à propositura da demanda.

inconstitucional. Ademais, a norma, além de ser geral e abstrata, tem que possuir autonomia, de modo que, não é possível o conhecimento de uma ação direta de inconstitucionalidade reflexa (Decretos de Execução do Executivo – art. 84, inciso IV da CF).²

Considerando as premissas até aqui expostas, conclui-se que a Adin, ao fazer o Controle de Constitucionalidade das normas in abstrato, retira do enunciado prescritivo a estrutura hipotético-condicional da norma, tida como inconstitucional.

Portanto, ao declarar a inconstitucionalidade da norma, o STF invalida o enunciado prescritivo, impossibilitando a formação da norma pelo intérprete. Por conseguinte, a sentença proferida pelo STF terá efeitos erga omnes, eis que não haverá a possibilidade do surgimento de relações jurídicas descritas no enunciado prescritivo declarado inconstitucional.³

No que se refere a possibilidade de medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, consoante os termos do artigo 10 da Lei 9868/99, salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Ademais, o relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias, e no julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (§ 3º).

Tirante as questões ritualísticas acima apontadas, a peculiaridade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, em sede de Ação Direta, no caso de decisão liminar, é que, neste momento, a decisão tem cunho erga omnes, até porque, novamente, estamos tratando do objeto da norma em tese, todavia, com efeitos ex nunc.

² Adin 311, Rel. Min Carlos Veloso; Adin 531, Ag. Rg Rel. Min. Celso de Melo.

³ Ademais, em regra, estes efeitos serão ex tunc, retroagindo à data da emissão da lei declarada inconstitucional, para que esta não mais produza efeitos. Todavia, é de se mensurar que, esta consideração sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado será tratado com maior vagar adiante.

Nesse diapasão, sendo cediço que a decisão definitiva de inconstitucionalidade em Ação Direta tem efeitos *ex tunc*, a distinção se justifica pela precariedade com que é concedida a decisão, salvo se, por uma exigência fático-político-jurídicas do momento em que foi proferida a decisão, o Supremo Tribunal Federal decida conceder-lhe os efeitos retroativos.

É oportuno mencionar, embora em nosso entendimento, a vinculação tratada pela Emenda Constitucional 45/2004, já venha contida na própria dedução lógica da nulificação da norma Constitucional, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações Diretas de Inconstitucionalidade, tem efeitos vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário, à Administração Pública Direta e Indireta.

Todavia, em relação ao Poder Legislativo, este não está impedido de apresentar, novamente, o mesmo texto legal tido por inconstitucional em outra oportunidade, até mesmo por respeito ao princípio da Tripartição dos Poderes.

Aliás, nem poderíamos deduzir outro entendimento, eis que, em relação a norma tida por inconstitucional e nulificada, não produz mais efeitos, todavia, no bojo de uma atividade típica, o Poder Legislativo pode produzir outra norma de idêntico conteúdo, para a qual, o STF terá de produzir nova decisão no bojo de ação autônoma.

Observe-se que, em relação a esta segunda demanda Constitucional, o STF não está vinculado a sua última decisão, seja por alteração de sua composição, seja por uma mutação Constitucional, de forma que é possível, que a inconstitucionalidade anteriormente declaração não seja reconhecida em relação a segunda norma.

4 EFEITOS EX TUNC, EX NUNC E PRO FUTURO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O nosso sistema adota a teoria da nulidade da lei inconstitucional, ante sua antinomia com a Constituição Federal. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, invalida-se sua normatividade por não estar esta de acordo com a Constituição Federal, a qual é o fundamento de validade de todo o sistema jurídico.

Conforme dito, ao fazer o controle de constitucionalidade concentrado, o STF retira o enunciado prescriptivo do ordenamento, impossibilitando a verificação, no plano concreto, da norma inconstitucional, alterando-se a estrutura da norma, eis que, ao se declarar a norma incompatível com a Constituição Federal, o seu

fundamento de validade esvazia-se, tornando-se nula de pleno direito, desde a sua origem (efeitos *ex tunc*). Então, todas as relações jurídicas formadas da norma inconstitucional são infundadas, sendo que essa mácula, em regra, não pode ser convalidada.

Outrossim, o juiz, ao declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o faz como questão prejudicial, para decidir sobre um fato. Então, essa declaração terá de retroagir à data do fato para extirpação da relação jurídica

Esta foi, em síntese, a configuração do sistema de controle de constitucionalidade, até a recente alteração introduzida pela Lei 9868/99, que, sob forte influência da Corte Constitucional Alemã, quando foi introduzido substancial alteração no processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o artigo 27 do referido Diploma Normativo, diz que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Portanto, foram disciplinadas duas modalidades distintas de declaração de inconstitucionalidade, que são a Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a interpretação conforme a Constituição.

Trata-se de modalidades de preservação do ordenamento e diminuição de traumas decorrentes das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, e significa em nosso ordenamento, uma evolução da aplicação de um sistema positivado estanque, introduzindo elementos naturalísticos, para a definição de efeitos jurídicos.

Destarte, pelas situações que já existiam em nosso ordenamento⁴, assim como pelas recentes alterações introduzidas pela Lei 9868/99,

⁴ É bom rememorar que esta situação não é nova em nosso ordenamento jurídico, que, em outras oportunidades, já vinha reconhecendo a influência de elementos empíricos na delimitação dos efeitos normativos, como no caso da teoria do fato consumado. Para esta teoria do Direito Administrativo, existe uma mitigação da nulidade dos atos jurídicos, em situações ontologicamente consolidadas, de modo que a nulificação dos efeitos do ato acarretaria prejuízos demasiadamente onerosos para a sociedade. Assim, pode ocorrer de, por razões de segurança jurídica, seja necessário manter relações constituídas como válidas, pois sua invalidade causaria reflexos altamente prejudiciais à ordem social. Utilizando esta mesma

podemos deduzir que tratam de situações onde a realidade fática do evento exige, em proteção do próprio sistema jurídico, a consideração dos efeitos produzidos como válidos e consolidados.

Esta afirmação nos conduz a outros entendimentos peculiares sobre a questão, pois apresenta uma situação dialética entre ordenamento e realidade, para a alteração de efeitos normativos que lhe seriam próprios.

Para Gilmar Ferreira Mendes⁵, “a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade reconhecida, – é legítima, quando exigida pela própria Constituição. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame do caso concreto de cada caso.”

Embora a conjectura acima descrita possa nos parecer perigosa e insegura juridicamente, não podemos deixar de ter em mente que existem situações nas quais, devido a fatores externos a norma, o posicionamento correto acarreta consequências ontológicas que causam um enorme prejuízo para o Estado.

Por conseguinte, preferimos adotar um posicionamento que, embora tendente a aceitar a crítica sobre a influência dos fatores empíricos de poder, não tem por escopo ignorar a inegável influência política existente no bojo do texto Constitucional.

O texto Constitucional é determinante e determinado pela conjectura fática em que está inserido, em uma relação dialética de texto e contexto, ideias positivas de que da norma determinante da realidade há muito tempo demonstraram ser ineficientes para solucionar os problemas sociais existentes, pois não é possível ao operador do direito trabalhar com uma realidade totalmente abstrata e desprovida de pertinência social, todavia, posicionar entendimento diametralmente oposto nos leva a uma ‘cilada’ interpretativa, pois nos conduziria a um raciocínio cíclico e desprovido de segurança jurídica.

Note-se, que entender o texto constitucional como um corolário das forças políticas atuantes no país nos leva uma ‘Constituição Balanço’, que refletiria apenas um balanço da sociedade de um determinado tempo e seria mutável ao movimento das conjecturas políticas, baseadas, muitas vezes, em uma análise prodômica da realidade.

linha de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello explica um outro fenômeno jurídico, que também possui seus efeitos delimitados por situações consolidadas de forma fática, que é o funcionário público de fato, definindo-o como sendo “aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade, da boa fé dos administrados, da segurança jurídica e da presunção de legalidade dos atos administrativos, reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 221.

De tal sorte, conclui-se que tal dicotomia entre o jurídico e o político não pode ser solucionada pela valorização de um aspecto em detrimento do outro, ou vice versa, senão pela confluência de ambos os elementos na formação do texto Constitucional. A valorização de aspectos políticos em relação aos aspectos políticos, embora leve em conta a realidade existente em um país, não tende ao justo ou correto, pois as conjecturas fáticas podem ser projetadas como as marés dos mares revoltos, que ora tendem a tranquilidade ora tendem a tormenta, sempre de maneira imprevisível, logrando pouca segurança.

Os aspectos jurídicos e políticos determinantes de uma sociedade estão em uma relação dialética da 'vontade de poder' com a 'vontade de constituição', e sua aplicação com força normativa deve passar pela integração desses dois fatores na formação de um Estado.

Por óbvio, o artigo 27 da Lei 9868/99 não invalida a regra da nulidade da Lei declarada inconstitucional, eis que aquele trabalha, apenas, no plano dos efeitos da norma inconstitucional, que podem, a depender do caso, permanecer válidos em razão de, no caso, o princípio da segurança jurídica se sobrepor ao princípio da nulidade da norma inconstitucional, e, por conseguinte, convalidação de seus efeitos, em um conflito aparente de normas constitucionais.

5 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Partindo do pressuposto da presunção de Constitucionalidade das Leis e atos normativos produzidos pelo Poder Público, corolariamente ao princípio da supremacia da Constituição, deflui-se os princípios da interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Assim, pelo princípio da interpretação conforme a Constituição, no bojo do processo exegético do operador da norma, este deve sempre optar pela interpretação que garanta a constitucionalidade da norma, sempre que esta tiver uma ou mais interpretações possíveis, que possam, eventualmente, ser consideradas inconstitucionais.

No caso da declaração de inconstitucionalidade redução de texto, tem por escopo garantir a segurança jurídica das decisões proferidas pelo STF, de forma que, partindo de um mesmo enunciado prescritivo, havendo diversas interpretações possíveis, o STF determina a interpretação constitucional correta do enunciado, afastando as demais por inconstitucionais.

Diferentemente da situação anterior, neste caso, há uma declaração de inconstitucionalidade em relação a todas as interpretações possíveis que não estiverem de acordo com a exegese estabelecida pelo STF.

Note-se que em ambas as situações, estamos tratando de forma de decisão, ligadas a interpretação possível estabelecida pelo STF, sendo amplamente utilizadas em nosso sistema.

6 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ainda delineando nossas premissas para a análise do cerne da problemática proposta com o presente trabalho, passemos a discorrer sobre a Ação Civil Pública, e seus efeitos, para que possamos identificar a forma como este importante instrumento se viabiliza em nosso ordenamento e o modo pelo qual é instrumentalizada a defesa de direitos coletivos em nosso ordenamento.

A Ação Civil Pública, de índole constitucional, foi elaborada com o escopo de salvaguardar, na esfera civil, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Disciplinada, de forma embrionária, pela Lei complementar 40/81, com inspiração na class action americana, o referido instrumento hoje tratada pela Lei 7347/85 e pela Lei 8078/90, ganhou novos foros de atuação e relevância, tornando-se o instrumento apto a reprimir ou obstar quaisquer danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (CDC. art. 90 e LACP art. 21).

É uma demanda diferenciada, eis que abarca direitos de natureza híbrida, que não são nem individuais, nem públicos. Nos dizeres de João Batista de Almeida:

Sobre o objeto da Ação Civil Pública, Hugo Nigro Mazzili, com a propriedade que lhe é peculiar, assinala:

A LACP cuida somente da defesa de interesses transindividuais, isto é, interesses de grupos, categorias ou classes de pessoas. Assim, em que pese mencionar o cabimento da ação de responsabilidade por danos causados ao consumidor (art. 1.º, II), é certo que, para fins de defesa coletiva de interesses, não se quer referir à proteção do consumidor considerado sob o ponto de vista estritamente individual, ou seja, enquanto consumidor determinado e, sim enquanto a lesão atinja uma coletividade ou um número disperso ou até indeterminado de pessoas, reunidas por circunstâncias de fato comuns ou pela mesma relação

jurídica básica. Este raciocínio é tanto mais reforçado quando se vê que, na norma de encerramento ao art. 1.º(inciso V), após enumerar os vários tipos de interesses que podem ser defendidos por meio da ação civil pública, a lei acrescentou que se permite a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o que evidencia, estar toda ela sempre a cuidar da defesa judicial de interesses transindividuais.⁶

Trata-se, destarte, de um dos instrumentos jurídicos de maior relevância em nosso ordenamento jurídico, e elemento fundamental na concentração e diminuição da litigiosidade de nosso sistema.

7 DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

Os direitos metaindividuais constituem uma categoria diferenciada de direitos, que não se confunde com os direitos privados e dos direitos públicos, apresentando-se como uma categoria intermediária, com alto grau de conflituosidade, buscando defender interesses supra individuais.

Caracteriza-se por sua ampla área de conflituosidade, que não se coloca necessariamente, ou apenas, no clássico contraste indivíduo X autoridade, mas que é típica das escolhas políticas.

Sob este aspecto, o interesse difuso é aquele interesse para cuja tutela os procedimentos de mediação dos sistema político ainda não atuaram, ou atuaram insatisfatoriamente.

São três as formas com que se apresentam os direitos metaindividuais, as quais, malgrado entremostrem-se semelhantes, ao menos em uma análise inicial, tem características e requisitos próprios de identificação, notadamente os direitos difusos propriamente ditos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos propriamente ditos, tem como características: i) a indeterminação dos sujeitos lesados, não havendo, por tal motivo, a possibilidade de se mensurar as pessoas que tenham sofrido o dano causado por um fato, como a qualidade do ar, a pureza dos mares, etc); ii) a indivisibilidade do objeto, pois todos são os titulares daquele direito, a uma porque os lesados são indeterminados e a outra porque como todos sejam detentores do direito, o próprio objeto é materialmente indivisível; iii) eventual presença de vínculo fático, visto que este vínculo pode ou não ocorrer no plano concreto (v.g. no caso de vazamento de óleo na praia, objetivamente falando, as atingidas as pessoas que frequentaram a praia).

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo*. ed. Saraiva, 13. ed. p. 131.

No caso dos interesses coletivos, pertencem a um numero mensurável de pessoas, eis que estamos diante de um grupo, segmento ou categoria, onde os titulares do direito possuem vínculos entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base, onde são titulares de direito individual. Tem como características: i) a determinação dos sujeitos; ii) vínculo ou relação jurídico base entre os lesados ou entre esses e a parte contrária (v.g. entre os trabalhadores e a própria fábrica há um vínculo decorrente do contrato de trabalho); iii) a indivisibilidade do objeto (o objeto pertence a todos do grupo, porém não há como se identificar a parte de cada qual).

Portanto, diferentemente dos direitos difusos, onde, pela sua natureza indivisível a inexistência de relação jurídico base não possibilitam, por óbvio, a determinação dos titulares, como ocorre nos interesses ou direitos coletivos, donde exsurge a distinção precípua destes.

No que se refere aos interesses individuais homogêneos, podemos defini-los como aqueles que decorrem de uma origem comum, permitindo a tutela deles a título coletivo. Tem como características i) a determinação dos sujeitos; ii) a divisibilidade do objeto; iii) a origem comum da lesão, característica última que, como dissemos, permite a tutela coletiva, sem, contudo, elidir o seu caráter indivisível (v.g. uma indústria fabricou tantos produtos com defeito, os lesados são os adquirentes daqueles produtos).

Note-se que, não obstante serem aqui delineados, os institutos em tela amiúde, não se apresentam com uma definição estanque quanto as suas características e fundamentos, de modo que, para a escoreita distinção entre tais interesses, mister será analisarmos, com a imprescindível minudência, o pedido e a causa de pedir da referida demanda.

Destarte, para verificarmos se um interesse ou direito trata de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, impede, sempre e invariavelmente, mantermos a mira voltada para a pretensão da ação civil pública.

8 QUANTO A LEGITIMIDADE

Devido a natureza dos direitos tutelados na ação civil pública, e pela qualidade metaindividual dos interesses ali discutidos, a questão da legitimidade para a propositura da demanda ganha outros foros de atenção, tornando-se concorrente entre legitimados legalmente estabelecidos.

Nesse sentido, tendo em mente que a legitimidade *ad causum* – cinge-se ao titular do direito material – e legitimidade *ad processum*

– quer significar a capacidade de postular o direito material em juízo, enumera-se dois posicionamentos, quanto à natureza jurídica da legitimidade aqui tratada:

Para um primeiro posicionamento, avultam-se dois modos de atuação, a legitimidade ordinária, quando a parte ingressa em juízo para defender, em nome próprio, seus próprios direitos e a legitimidade extraordinária, ou também chamada de substituição processual, quando a parte está defendendo, em juízo, em nome próprio, um direito alheio.

Nesse sentido, para este entendimento, a legitimidade na ACP seria sempre extraordinária, eis que, o direito difuso é sempre da coletividade, aqui entendida como difusa, coletiva ou individual homogênea.

Outrossim, para um outro entendimento, haveria uma diferenciação entre legitimidade ordinária, extraordinária e anômala. Quanto as duas primeiras, tem conceitos idênticos aos já mencionados acima, acrescendo, para este segundo posicionamento, a identificação da denominada legitimidade autônoma ou anômala.

Para este entendimento, a legitimidade anômala ocorre quando alguém, em nome próprio, defende direito próprio e alheio, de forma que na legitimidade da ação civil pública, a legitimidade ad causum e ad processum atuam conjuntamente, com relação a qualquer dos legitimados em lei, que for parte na lide e não coincidentes com relação aos demais titulares do direito.

Ou seja, o legislador ordinário, ao definir determinados legitimados de forma diferenciada para a propositura desta demanda, determinou, independentemente da capacidade processual, que a titularidade do direito sempre ultrapassará as lindes da demanda, qualquer que seja o direito material protegido.

Nesse sentido, é o magistério de Roberto Camargo Mancuso:

A legitimação ativa para agir, em sua concepção tradicional, de cunho individualístico, tem sido entendida como coincidência ou pertinência entre a titularidade de um direito ou de uma situação de vantagem e pessoa que, na ação, ocupa o polo ativo. Essa pessoa torna-se legitimada porque a ela detentora do Poder de fazer valer, em juízo, aquele direito ou aquela situação. Em se tratando de interesses difusos, que – por definição – não comportam apropriação em termos de exclusividade, a justa parte não pode ser buscada nessa relação de titularidade; ela será reconhecida em função de elementos objetivos: relevância social desses interesses, urgência da tutela, aptidão, idoneidade, adaptação de quem se apresente como

seu portador ou representante. É o que, na disciplina da class action, denomina-se adequacy of representation.⁷

Um clássico exemplo do que seria a legitimidade autônoma, são as Ações Cíveis Públicas propostas pelos entes Federativos, em que, o direito coletivo tutelado coincide com os próprios fins a que se destina do Estado, como nos casos de proteção ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, paisagístico, etc.

Independentemente do posicionamento adotado sobre a forma de classificação da legitimidade da Ação Cível Pública, temos que esta definição não é relevante para fins de definição dos efeitos a que estão submetidos os titulares do direito em uma demanda coletiva.

Nesse diapasão, ante a inadequação de todos os titulares do direito material figurarem com capacidade postulatória, o legislador enumerou determinados entes, no exercício de uma função de relevância social, com capacidade de figurarem como partes da demanda.

Note-se que os legitimados são numerados pela própria lei, em seu artigo Art. 50, que confere legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar, sendo que se o Ministério Público não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sendo admitido o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei

Ainda quanto a legitimidade, é facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes, sendo que em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.

O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

9 DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo sistema de processo, quer porque a relação material controvertida é decidida em termos definitivos e irretratáveis.

7 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos, conceito, legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 229.

Segundo sabido, a decisão proferida num dado processo, em regra, terá efeitos intra partes, isto quer significar, em última análise, que a sua eficácia atingirá, apenas e tão somente, os litigantes do processo.

Destarte, o ajuizamento da ação civil pública, sob o aspecto puramente processual, colima a prolação de uma sentença. Todavia, devido a natureza dos interesses defendidos nesta demanda, terá efeitos diferenciados daqueles estatuídos no art. 468 da Lei adjetiva civil.

Note-se que a coisa julgada na ACP terá efeitos erga omnes no caso de direitos difusos, exceto se for julgada improcedente por falta de provas, caso em que será possível a repropositura da demanda por qualquer dos legitimados. Destarte, esta é a coisa julgada secundum eventum litis. No caso dos direitos coletivos, a coisa julgada fará efeitos ultra partes, restritos ao grupo tutelado.

No caso dos direitos individuais homogêneos serão erga omnes ou ultra partes – a depender da natureza do direito que está sendo debatido – tenham ou não os individualmente prejudicados pela lesão intervindo como litisconsortes na demanda.

Destarte, a coisa julgada erga omnes, assim o é, em decorrência do direito material pretendido e da formação da relação jurídica in concreto, e não in abstrato, conforme ocorre com a decisão em sede de controle de constitucionalidade, conforme veremos adiante.

10 EFEITO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Conjugando as premissas até aqui expostas, logramos verificar, sob a atual sistemática da Lei Adjetiva Civil, que inexistente incompatibilidade entre os efeitos intra partes no incidente de inconstitucionalidade e os efeitos erga omnes da decisão em sede de Ação Civil Pública.

Com efeito, consoante já mencionado, uma norma é dotada de um enunciado prescritivo, de onde se deflui uma norma in abstrato, que produz incidência sobre as relações intersubjetivas através da ação do operador jurídico – intérprete, que em seu processo hermenêutico, produz a norma e a aplica a um determinado caso concreto, em um processo de concretização dos comandos normativos.

Posto isso, lembramos que os efeitos da declaração incidente de inconstitucionalidade em sede de uma dada ação, gera efeitos intra partes. Isto ocorre porque o operador da norma verifica, no caso concreto, a constitucionalidade, ou não, da norma in abstrato, buscando sua aplicação ao caso sub examine.

Estando o operador tratando com uma determinada situação em concreto, dessume-se que a aplicação da norma tida como constitucional ou inconstitucional somente alcançaria as partes que litigam em juízo, sendo que a declaração da debatida nesta demanda não é o objeto pretendido por esta pretendido, senão, apenas, o fundamento da demanda.

Nesse sentido, quando a questão prejudicial de inconstitucionalidade ocorrer em sede de ação civil pública, os efeitos da decisão continuarão a ser inter partes. Todavia, devido a natureza dos direitos por ela tutelados (metaindividuais), os efeitos da decisão ultrapassarão os lindes da ação e atingirá os titulares do direito material, que, por motivos de utilidade, necessidade e adequação, estão substituídos processualmente através de uma legitimação diferenciada anômala ou extraordinária.

Neste caso, o operador, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o faz admitindo que determinada norma é inconstitucional para um determinado fato jurídico litigioso, e emite uma decisão in concreto afastando a constitucionalidade de uma determinada norma, para um determinado fato, de forma erga omnes.

Por outro lado, a norma in abstrato continua intacta, eis que a declaração de inconstitucionalidade realizada pelo controle difuso, mesmo que tratando de direitos difusos, é válida somente para fatos pré determinados, de modo que somente pode ser atingida através do controle de constitucionalidade por via de ação.

Não se trata, portanto, de modificação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade difuso, que de intra partes passariam a ser erga omnes ou ultra partes, e sim da compatibilidade destes, eis que, os efeitos continuam a ser intra partes, todavia, devido ao instituto processual da substituição processual, os titulares da ação serão atingidos, e estes é que serão erga omnes ou ultra partes.

Não se trata de usurpação da competência originária do STF para declarar lei ou ato normativo inconstitucional, eis que no controle concentrado, constitui o próprio objeto da demanda, os enunciados da norma, de onde se decorre, como dito a norma in abstrato, de forma diametralmente distinta do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, em que a questão constitucional não faz parte do pedido da demanda, e sim da causa de pedir.

Nesse sentido, pela atual sistemática do Código de Processo Civil, a eficácia preclusiva da coisa julgada recai sobre os elementos contidos no pedido da demanda e não na respectiva causa de pedir, de forma que a declaração de inconstitucionalidade em sede difusa, constituindo

apenas a causa de pedir, e não o pedido, não recebe os efeitos preclusivos imutáveis da coisa julgada.

Nada impede que uma dada decisão pela inconstitucionalidade de uma norma em sede de ação civil pública seja decidida em outro sentido por qualquer outro juízo singular ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de um fato distinto ou mesmo em sede de controle concentrado.

Caso já exista o trânsito em julgado da sentença em sede de Ação Civil Pública, e seja proferida uma decisão de constitucionalidade do Supremo, caberá, desde que no prazo legal de dois anos, ação rescisória, com base no inciso V do artigo 485 do CPC.

Conclui-se, então, que a Ação Civil Pública pode veicular matéria relativa a inconstitucionalidade de ato normativo, a ser apreciada via controle difuso, desde que seu objeto precípuo não seja obter a declaração de inconstitucionalidade deste ato. Notadamente em sede de ACP, a apreciação de compatibilidade constitucional deve ser apenas incidental (incluída na fundamentação) jamais o foco central da demanda (constar do dispositivo). Ou seja, inconstitucionalidade do ato deve ser apreciada como mera matéria prejudicial com relação ao julgamento do mérito da demanda.

Dito isto, na Ação Civil Pública, na ação coletiva ou em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorre no sistema incidental difuso, vem sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato (normalmente contraditório) ou imediato (a utilidade efetivamente requerida), tem como objeto a defesa de um interesse tutelado pela Constituição ou leis infraconstitucionais, tendo como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Na ação Direta de Inconstitucionalidade, o ataque a norma é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional em controle abstrato.

A causa de pedir e o pedido são de particular importância para a determinação de vários aspectos de uma ação. Se o que expõe o autor de uma ação coletiva como causa pretendi no aspecto ativo são os interesses difusos e coletivos cujas notas características ressaltamos, dente as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível e, no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos; se ele formula pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais ou indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos [...].

Nesse sentido, dessume-se que, inexistindo a formação da coisa julgada sobre a causa de pedir da Ação coletiva, não há que se falar em

declaração de inconstitucionalidade sobre questão prejudicial, de forma que os efeitos preclusivos da coisa julgada não irão se abranger elementos da norma in abstrato, restando como inconfundível o objeto da Ação Civil Pública e o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

11 DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA À LUZ DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estabelecidos os aspectos controvertidos na declaração de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública, e os efeitos que esta produz em relação a norma in abstrato, passemos a confrontar estes efeitos, produzidos à luz da atual sistemática do Código de Processo Civil, com os efeitos que seriam decorrentes do mesmo fenômeno, caso o Projeto de lei em tramitação no Senado PLS n.º 166, de 2010, seja aprovado com sua redação atual.

Com efeito, os limites objetivos da coisa julgada sofreram substancial alteração no Novo Código de Processo Civil, que aos auspícios de uma linha mais concretista da demanda, e buscando a redução de demandas com a diminuição de novos debates sobre questões já decididas pelo juízo, apresentou um contexto normativo que aumenta carga normativa sobre a causa de pedir, e por consequência a motivação da sentença.

Nesse sentido, a própria exposição de motivos apresentada pelo Projeto 166 estabelece que “O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais”.

E acrescenta ainda que “As partes podem, até a sentença, modificar pedido e causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório. De cada processo, por esse método, se obtém tudo o que seja possível”.

Já quanto ao próprio termo dos enunciados propostos, é de se mencionar os seguintes dispositivos:

Art. 19. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará por sentença, com força de coisa julgada.

Art. 314. O autor poderá, enquanto não proferida a sentença, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurado o contraditório

mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultada a produção de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao pedido contraposto e à respectiva causa de pedir.

Art. 484. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas.

Art. 485. Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

A eficácia preclusiva da coisa julgada sobre a questão prejudicial é expressamente excluída sobre a atual redação do artigo 467 do CPC, de forma que a alteração proposta tem significativa alteração sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública.

Destarte, conforme dito no bojo do presente trabalho, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso, recaem, apenas, sobre a parte dispositiva da sentença, de forma que o objeto da demanda não se confunde com a questão da inconstitucionalidade, afastada como questão prejudicial da demanda.

Estabelecida alteração da sistemática hodierna sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada sobre questão prejudicial, temos que a declaração de inconstitucionalidade realizada no controle difuso em sede de Ação Civil Pública produzirá efeitos erga omnes sobre o próprio objeto da declaração, fato que, consoante argumentado, traveste da demanda coletiva concreta para aquela outra, de caráter abstrato.

Note-se que o objeto da demanda, pela redação proposta, é significativamente ampliado, e, tratando a questão prejudicial da constitucionalidade, ou não, de norma geral e abstrata, temos que a declaração incidente terá os mesmos efeitos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em outros dizeres, levada à efeito a alteração proposta pelo NCPC, inexistente a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, eis que esta ação estaria, invariavelmente,

travestida de Ação Direta, a qual somente se viabiliza pelos instrumentos e legitimados adequados, conforme vimos anteriormente.

Mais do que isso, a inviabilização do controle de constitucionalidade difuso em sede de ações coletivas torna todo o sistema de proteção aos direitos difusos no Brasil uma falácia sem sentido significativo.

A proteção constitucional dos direitos transindividuais é inerente tal categoria de direitos, notadamente pela qualidade metaindividual que possui, restando a delimitação da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma com este incompatível uma afronta a égides basilares inerentes ao próprio Estado Democrático de Direito.

É certo que inúmeros problemas decorrentes da aplicação de um determinado projeto desta magnitude somente apresentarão todas as suas faces no momento de sua aplicação, de forma que a questão aqui proposta deverá ser enfrentada pelos juristas e aplicadores do direito, caso a redação proposta se mantenha inalterada até sua promulgação.

Todavia, o que se tem como certo é que, na redação atual do Projeto do Novo Código de Processo Civil, sem as ressalvas de inaplicabilidade da extensão dos efeitos preclusivos da coisa julgada sobre questão prejudicial em sede de ação civil pública, ou outra ação coletiva que trate de interesses difusos, o resultado interpretativo leva à inevitável constatação da inconstitucionalidade do dispositivo, por ofensa ao devido processo legal substantivo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malleiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVINDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo, Malheiros 2006.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Atla, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo-SP, 1995.

GRAUS, Eros Roberto. A interpretação constitucional como processo. *Revista Consulex*, n. 03, mar. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional (de acordo com a reforma do judiciário)*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: forense, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de Constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2000.