

24

SABERES DO DIREITO

# Processo Civil III

*Recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*

RENATO MONTANS DE SÁ  
RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES



**Editora  
Saraiva**

## DADOS DE COPYRIGHT

### Sobre a obra:

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

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

### Sobre nós:

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

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





24

SABERES DO DIREITO

# *Processo Civil III*

*Recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*

RENATO MONTANS DE SÁ  
RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE

COORDENADORES  
ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES

2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a  
6ª, das 8:30 às 19:30  
E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)  
Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

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

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

### **BAHIA/SERGIPE**

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

### **BAURU (SÃO PAULO)**

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

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

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

### **DISTRITO FEDERAL**

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

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-  
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

## **MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO**

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

## **MINAS GERAIS**

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

## **PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

## **PARANÁ/SANTA CATARINA**

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

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

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

## **RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

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

## **RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

## **RIO GRANDE DO SUL**

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

## **SÃO PAULO**

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

Sá, Renato Montans de  
Processo civil III :  
recursos cíveis e outros  
meios de  
impugnação às decisões  
judiciais. / Renato  
Montans de  
Sá, Rodrigo da Cunha  
Lima Freire. – São Paulo  
: Saraiva,  
2012. – (Coleção saberes  
do direito ; 24)  
1. Processo civil. – Brasil  
I. Título. II. Série

Índice para catálogo sistemático:  
1. Brasil : Processo civil 347.9

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia  
**Diretor de produção editorial** Lígia Alves  
**Editor** Roberto Navarro  
**Assistente editorial** Thiago Fraga  
**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria  
**Preparação de originais, arte, diagramação e revisão** Know -how  
Editorial  
**Serviços editoriais** Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira  
**Capa** Aero Comunicação  
**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da  
edição: 17-2-2012**

**Dúvidas?**

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

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



## **RENATO MONTANS DE SÁ**

Especialista e Mestre em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor da Rede de Ensino LFG e coordenador da pós-graduação de Direito Processual Moderno da Rede de Ensino LFG. Professor da pós-graduação da Escola Superior de Advocacia e da ATAME/DF. Advogado.

## **RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE**

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUCSP. Professor e coordenador da pós-graduação da Rede de Ensino LFG. Professor da graduação e do mestrado da FMU/SP. Advogado.

Conheça os autores deste livro:  
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16240-2>

## COORDENADORES

### ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

### LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

Aos nossos alunos.



## Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

### Diálogo entre o livro e o




A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que

chamamos de



No  você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.



Você poderá ter acesso ao  <sup>1</sup> do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

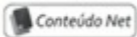
**Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes**

Coordenadores da Coleção Saberes do Direito

Diretores da LivroeNet

*Saiba mais sobre a LivroeNet*

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>



informações, acesse [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).



## Sumário

### Capítulo 1 Teoria Geral dos Recursos

#### 1. Conceito

#### 2. Natureza jurídica

#### 3. Princípios

##### 3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

##### 3.2 Princípio da taxatividade

##### 3.3 Princípio da singularidade

##### 3.4 Princípio da fungibilidade

#### 4. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito

##### 4.1 Juízo de admissibilidade: conteúdo

###### 4.1.1 Cabimento

###### 4.1.2 Legitimidade recursal

###### 4.1.3 Interesse recursal

###### 4.1.4 Tempestividade

###### 4.1.5 Regularidade formal

###### 4.1.6 Preparo

###### 4.1.7 Ausência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

##### 4.2 juízo de mérito: conteúdo

#### 4.3 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: competência

#### 5. Efeitos

#### 6. Recurso adesivo

### Capítulo 2 Apelação

#### 1. Cabimento

#### 2. Requisitos

#### 3. Efeitos

### 3.1 Efeito devolutivo

#### 3.1.1 *Tantum devolutum quantum appellatum*

#### 3.1.2 Proibição da *reformatio in pejus*

#### 3.1.3 Proibição de inovar

### 3.2 Efeito suspensivo

#### 3.2.1 Tutela antecipada concedida no interior da sentença

### 4. Procedimento

### 5. Súmula impeditiva de recurso

### 6. Saneamento de nulidades no âmbito recursal

## Capítulo 3 Agravos

### 1. Cabimento

### 2. Espécies

### 3. Agravo retido

### 4. Agravo de instrumento

#### 4.1 Requisitos do agravo de instrumento

#### 4.2 Comunicação ao juiz da interposição do recurso (art. 526 do CPC)

#### 4.3 Efeitos

#### 4.4 Providências do relator

## Capítulo 4 Embargos de Declaração

### 1. Cabimento

### 2. Caráter infringente ou efeito modificativo

### 3. Interrupção do prazo

### 4. Princípio da complementaridade

### 5. Ratificação do recurso após o julgamento dos embargos de declaração

### 6. Embargos protelatórios e multa

### 7. Efeitos

### 8. Procedimento

9. Embargos de declaração e proibição da *reformatio in pejus*

10. Ausência de oposição dos embargos de declaração e julgamento da apelação

## **Capítulo 5 Embargos Infringentes**

1. Cabimento

2. Procedimento

3. Efeitos

## **Capítulo 6 Recurso Ordinário**

1. Cabimento

2. Efeito devolutivo e procedimento

## **Capítulo 7 Recurso Especial e Recurso Extraordinário**

1. Rápido histórico

2. Recurso especial

2.1 Cabimento

2.1.1 Pressupostos gerais

2.1.2 Pressupostos específicos

2.2 Regularidade formal

2.3 Multiplicidade de recursos especiais

3. Recurso extraordinário

3.1 Cabimento

3.1.1 Pressupostos gerais

3.1.2 Pressupostos específicos

3.2 Regularidade formal

3.3 Multiplicidade de recursos extraordinários

4. Recurso especial e recurso extraordinário retidos

5. Efeitos

6. Procedimento

## **Capítulo 8 Embargos de Divergência**

1. A finalidade dos embargos de divergência

## 2. O cabimento dos embargos de divergência

### 3. O cabimento dos embargos de divergência em recurso especial

3.1 Órgão que deve preferir o acórdão recorrido

3.2 Embargos de divergência contra a decisão  
monocrática proferida por ministro relator

3.3 Aplicação do princípio da fungibilidade recursal para  
a substituição dos embargos de divergência  
pelo agravo interno

3.4 Acórdão recorrido proferido em recurso especial

3.5 Acórdão recorrido proferido em agravo

3.6 Irrelevância da divergência jurisprudencial no interior  
da turma

3.7 Órgão que pode preferir o acórdão paradigma

3.8 Recurso, processo ou incidente no qual pode ser  
proferido o acórdão paradigma

3.9 Atualidade do dissídio jurisprudencial

### 4. Cabimento dos embargos de divergência em recurso extraordinário

4.1 Acórdão recorrido: órgão que pode preferi-lo e  
recurso no qual pode ser proferido

4.2 Acórdão paradigma: órgão que pode preferi-lo e  
recurso, processo ou incidente no qual pode  
ser proferido

4.3 Embargos de divergência contra decisão  
monocrática de relator e contra acórdão  
proferido em agravo

4.4 Acórdão paradigma proferido pela mesma turma que  
prolatou o acórdão recorrido

4.5 Atualidade do dissídio jurisprudencial

## 5. Regularidade formal

## 6. Efeitos

1. Ações autônomas de impugnação
2. Procedimentos que não admitem ação rescisória
3. Objeto
  - 3.1 Sentenças determinativas ou dispositivas estão sujeitas a ação rescisória?
  - 3.2 Sentenças proferidas em execução se sujeitam à ação rescisória?
  - 3.3 Sentenças proferidas em processo cautelar estão sujeitas à ação rescisória?
4. Hipóteses de rescindibilidade (causa de pedir)
5. Prazo
6. Legitimidade
7. Competência
8. Juízos e natureza jurídica
9. Procedimento
10. Suspensão do cumprimento de sentença
11. Ação anulatória
12. Ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis* ou *querela nullitatis insanabilis*)
13. Relativização da coisa julgada
  - 13.1 Coisa julgada e segurança jurídica
  - 13.2 A relativização da coisa julgada
  - 13.3 Hipóteses de relativização da coisa julgada
  - 13.4 Críticas à teoria da relativização da coisa julgada
  - 13.5 § 1º do art. 475-L e parágrafo único do art. 741 do cpc

## Capítulo 10 Reexame Necessário

1. Noções gerais
2. Natureza jurídica
3. Hipóteses
4. Inaplicabilidade do reexame necessário

5. Reexame necessário e *reformatio in pejus*

6. Procedimento

7. Recursos cabíveis

### **Capítulo 11 Incidente de Uniformização de Jurisprudência**

1. Finalidade

2. Decisão em tese

3. Legitimidade

4. Incidente de uniformização de jurisprudência e embargos de divergência

5. Incidente de uniformização de jurisprudência e assunção de competência

### **Capítulo 12 Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade**

### **Capítulo 13 Reclamação Constitucional**

1. Noções gerais

2. Previsão normativa

3. Natureza jurídica

4. Cabimento

5. Reclamação e súmula vinculante

6. Reclamação e decisão proferida por turma recursal de juizado especial estadual

7. Reclamação e decisão com trânsito em julgado (Súmula 734 do STF)

### **Capítulo 14 Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional**

1. Mandado de segurança

2. Mandado de segurança contra ato jurisdicional

3. Mandado de segurança e decisões interlocutórias nos juizados especiais cíveis

4. Mandado de segurança e proibição de agravo interno

5. Mandado de segurança e ausência de previsão específica de agravo interno

6. Mandado de segurança e terceiro prejudicado
7. Mandado de segurança e sentença da justificação judicial
8. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado
9. Mandado de segurança e decisão teratológica
10. Inadmissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional

## Referências



### 1. Conceito

O recurso é um meio legal posto à disposição da parte *vencida*, do Ministério Público e do terceiro *prejudicado*, para anular ou reformar – e ainda, esclarecer ou integrar, no caso dos embargos de declaração – uma decisão judicial, dentro do processo em que foi proferida.

Esclarecendo o conceito:

- a) o recurso é um meio **legal**, porque somente a lei pode criar recurso (princípio da taxatividade);
- b) posto à disposição da **parte vencida, do Ministério Público e do terceiro prejudicado**, porque essas pessoas são as que possuem legitimidade recursal;
- c) para **anular ou reformar**, porque normalmente os recursos são destinados à **anulação de decisões judiciais**, quando ilegais, ou seja, viciadas por *error in procedendo*, e à **reforma de decisões judiciais**, quando injustas, ou seja, viciadas por *error in iudicando* – mas é possível que o recurso objetive **esclarecer ou integrar uma decisão judicial** (isso ocorre com os embargos de declaração);
- d) uma **decisão judicial**, porque somente as decisões judiciais (decisão interlocutória, sentença, acórdão e decisão monocrática de integrante de tribunal) são impugnáveis pela via do recurso, embora alguns admitam o cabimento dos embargos de declaração contra os despachos; e
- e) **dentro do processo** em que foi proferida, porque o recurso é um meio endoprocessual de impugnação das decisões judiciais, ao contrário das ações autônomas de impugnação (por exemplo, a ação rescisória), que são meios extraprocessuais de impugnação das decisões judiciais.

### 2. Natureza jurídica

Existem diversas teorias a respeito da natureza jurídica do recurso. Duas, porém, destacam-se:

- a) o recurso é uma ação autônoma de impugnação;
- b) o recurso é um prolongamento do direito de ação – e de defesa.

Prevalece a segunda corrente. O recurso é, na verdade, uma reintrodução no curso. Não se trata de uma ação, mas de um prolongamento desta. Daí por que o recorrente em regra não pode inovar quando recorre, vale dizer, o recorrente deve trabalhar com os fatos já deduzidos e as provas já produzidas em primeira instância, salvo exceções legais (por exemplo, o fato superveniente pode ser alegado pelo recorrente).

### 3. Princípios

Diversos princípios regem o sistema recursal, a saber:

#### ***3.1 Princípio do duplo grau de jurisdição***

Segundo o princípio do duplo grau de jurisdição, as decisões judiciais devem ser recorríveis, ou seja, o legitimado tem o direito de provocar o reexame da matéria já decidida.

Alguns entendem que o duplo grau de jurisdição é princípio constitucional, porque decorre do princípio do devido processo legal.

Há também aqueles que acreditam na previsão constitucional do duplo grau de jurisdição como decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Outros entendem que o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, em razão da competência recursal dos tribunais estabelecida pela própria Constituição.

E existem aqueles que não enxergam o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional.

De qualquer sorte, constitucional ou não, o duplo grau de jurisdição não está imune a limitações, como as estabelecidas no § 3º do art. 515 do CPC (julgamento do mérito realizado diretamente pelo Tribunal quando o processo é extinto sem resolução do mérito e a parte apela) e no § 1º do art. 518 do CPC (súmula impeditiva de recurso).

É importante não confundir o duplo grau de jurisdição com o duplo grau

de jurisdição **obrigatório**, também conhecido como reexame necessário, remessa necessária ou remessa *ex officio*, que exige do juiz a remessa dos autos ao tribunal, independentemente da interposição de apelação, para o reexame da matéria decidida (art. 475 do CPC).

### **3.2 Princípio da taxatividade**

Todos os recursos devem ser previstos em lei – não necessariamente no CPC (além dos recursos previstos no CPC, existem outros, como o recurso inominado da Lei n. 8.099/95. De qualquer forma, dispõe o art. 496 do CPC que “São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”).

Não são recursos, por exemplo, o reexame necessário (condição de eficácia da sentença – ou condição para o trânsito em julgado –, consistente no reexame da matéria pelo Tribunal, independentemente da interposição de recurso; normalmente acontece em duas situações: sentença proferida contra a Fazenda Pública; e sentença de procedência dos embargos à execução fiscal), o pedido de reconsideração (pedido de retratação informal, normalmente aceito quando se trata de matéria de ordem pública, mas também previsto em alguns recursos como o agravo e a apelação contra a sentença que indefere a petição inicial ou que julga o pedido antes da citação do réu) e a reclamação constitucional (ação – ou petição, para alguns – admitida quando ocorre descumprimento de decisão do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal).

Vale ressaltar que a matéria recursal é de competência legislativa exclusiva da União, conforme dispõe o inciso I do art. 22 da CF.

### **3.3 Princípio da singularidade**

Esse princípio é também conhecido como unicidade ou irrecurribilidade e significa que para cada decisão judicial cabe apenas um tipo – uma espécie – de recurso. Por exemplo: não é possível interpor apelação e agravo contra um mesmo pronunciamento jurisdicional.

Há, porém, exceção a esse princípio, como a que permite a interposição

simultânea de recurso especial e recurso extraordinário contra um acórdão que viola a Lei Federal e a Constituição Federal.

Antes de entrar em vigor a Lei n. 10.359/2001, havia a possibilidade de interposição simultânea de embargos infringentes e de recurso especial ou recurso extraordinário contra um mesmo acórdão (embargos infringentes com relação ao capítulo não unânime e recurso especial ou recurso extraordinário com relação ao capítulo unânime).

Hoje, no entanto, o art. 498 do CPC, alterado pela referida Lei, dispõe que a interposição dos embargos infringentes sobrestará o prazo para o recurso especial ou o recurso extraordinário.

Nem todos entendiam que a possibilidade de interposição simultânea de embargos infringentes e de recurso especial ou recurso extraordinário era uma exceção ao princípio da singularidade, porque os recursos estariam impugnando partes distintas do acórdão.

Alguns também entendem que constitui exceção ao princípio da singularidade o fato de uma decisão judicial poder desafiar embargos de declaração e outro recurso, como a apelação.

Ocorre que o recorrente não interpõe simultaneamente os embargos de declaração e o outro recurso.

É possível, no entanto, que uma das partes oponha embargos de declaração, e que a parte adversária oponha outro recurso simultaneamente.

### **3.4 Princípio da fungibilidade**

A fungibilidade é o princípio que admite a substituição de um recurso inadequado pelo recurso adequado ou o recebimento do recurso inadequado como se fosse o recurso adequado.

O requisito para a aplicação desse princípio é a dúvida objetiva, ou seja, a divergência na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Por exemplo: cabe apelação ou agravo contra a decisão pela qual o juiz indefere a petição inicial da reconvenção? Cabe apelação ou agravo contra a decisão pela qual o juiz exclui um litisconsorte do processo?

Há também quem exija a ausência do erro grosseiro como requisito para a aplicação da fungibilidade recursal.

O erro grosseiro ocorre quando o recorrente desobedece ao comando

legal, interpondo recurso diferente daquele previsto em lei para o pronunciamento jurisdicional. Por exemplo: a parte interpõe recurso especial, quando a Constituição prevê para a hipótese o recurso especial.

Acontece que a ausência do erro grosseiro é pressuposta na dúvida objetiva. Se existe divergência doutrinária ou jurisprudencial a respeito do recurso cabível, é porque não há erro grosseiro.

Outros exigem a ausência de má-fé, como requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

A má-fé consiste no erro intencional, para prejudicar.

Novamente aqui precisamos dizer que a ausência de má-fé está pressuposta na dúvida objetiva. Não se pode falar em má-fé do recorrente quando existe divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca do recurso cabível.

Ademais, parcela significativa da jurisprudência admite a aplicação da fungibilidade apenas quando o recurso tido como inadequado é interposto no prazo do recurso tido como adequado. Por exemplo: a apelação deveria ser interposta no prazo de dez dias para ser substituída pelo agravo de instrumento.

Trata-se de uma visão equivocada, porque a dúvida quanto ao recurso se estende ao prazo do recurso.

Interessante notar que o princípio da fungibilidade recursal sobrevive em razão da doutrina e da jurisprudência, porque não está previsto expressamente na legislação atual, como estava no Código de 1939 (art. 810).

Vale destacar que hoje existe forte corrente doutrinária e jurisprudencial pregando a aplicação da fungibilidade a todo o sistema processual. Haveria uma fungibilidade de meios processuais. Assim, por exemplo, seria possível admitir o recebimento do chamamento ao processo como denúncia da lide, e vice-versa; ou admitir a utilização de qualquer meio processual (agravo, reclamação, simples petição etc.) para permitir o destrancamento do recurso especial ou do recurso extraordinário retido (§ 3º do art. 542 do CPC); ou admitir a propositura da ação rescisória quando a medida adequada seria a *querela nullitatis*, em razão da ausência de citação de litisconsorte necessário.

#### **4. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito**

Cabe ao juiz fundamentalmente decidir o *mérito da causa* (lide ou pretensão) fixado, como regra, pelo pedido do autor.

Porém, antes de apreciar e decidir o mérito da causa, terá o juiz que apreciar e decidir sobre os pressupostos processuais e as condições da ação. Tais requisitos, portanto, são requisitos de admissibilidade para o exame do mérito.

Ao juiz caberá, então, analisar três ordens de questões no processo: os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa. As duas primeiras compõem o *juízo de admissibilidade* (exame sobre questões formais do processo) em relação à terceira, que constitui o *juízo de mérito* (exame sobre a questão de fundo do processo).

Sendo o recurso apenas um prolongamento da ação no mesmo procedimento, conclui-se, por conseguinte, que todo recurso pressupõe um juízo de admissibilidade e um juízo de mérito.

Os **pressupostos recursais** formam o **juízo de admissibilidade**, enquanto o **mérito recursal**, fixado pelo pedido do recorrente, compõe o **juízo de mérito**.

Vale ressaltar que a matéria atinente ao juízo de admissibilidade é de ordem pública, salvo exceções legais – como a estabelecida pelo parágrafo único do art. 526 do CPC.

Assim, por exemplo, o recurso de apelação pode ser admitido pelo juiz – porque considerou presentes todos os pressupostos recursais – e, na sequência, inadmitido pelo Tribunal – porque considerou ausente algum pressuposto recursal.

#### **4.1 Juízo de admissibilidade: conteúdo**

O juízo de admissibilidade é composto pelos pressupostos recursais, a saber: cabimento; legitimidade recursal; interesse recursal; tempestividade; regularidade formal; preparo e ausência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Considerando aplicável a súmula impeditiva (§ 1º do art. 518 do CPC) a todos os recursos, existirá um outro pressuposto recursal: ausência de súmula impeditiva de recurso.

Por uma questão didática, trataremos da súmula impeditiva no capítulo destinado a apelação, mas desde logo registramos que, em nosso pensar, a mesma é aplicável a todos os recursos.

Os autores costumam classificar os pressupostos recursais como *objetivos* e *subjetivos* ou, então, como *intrínsecos* e *extrínsecos*. Não há, porém,

distinções práticas relevantes entre eles.

Falemos sobre cada um deles.

#### 4.1.1 *Cabimento*

O cabimento diz respeito à recorribilidade do pronunciamento jurisdicional e à escolha da via recursal adequada. Por exemplo, faltarão o requisito do cabimento quando interposto o agravo para impugnar um despacho, já que os despachos são irrecorríveis. Igualmente faltarão o requisito do cabimento quando houver a interposição de uma apelação para impugnar uma decisão interlocutória, porque a via recursal adequada é o agravo, e não a apelação.

Interessante relacionar os pronunciamentos jurisdicionais aos recursos correlatos.

Os pronunciamentos do juiz são os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças.

**Despacho** é o ato do juiz que serve apenas para dar andamento ao processo (por exemplo: “cite-se o réu” ou “as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando-as”); não possui caráter decisório; não causa prejuízo – em regra; é **irrecorrível** – alguns, porém, admitem o cabimento dos **embargos de declaração** contra despacho.

Já a **decisão interlocutória** é o ato do juiz que resolve uma questão incidente (por exemplo: decisão da tutela antecipada; indeferimento de produção de provas; ou decisão da exceção de incompetência); possui caráter decisório; pode causar prejuízo; desafia o recurso de **agravo** – a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e parte considerável da doutrina admitem o cabimento dos **embargos de declaração** contra decisão interlocutória – quando presente uma das situações do art. 530 do CPC.

Vale ressaltar que a decisão interlocutória não possui um conteúdo predeterminado em lei. É certo, porém, que a decisão interlocutória não tem por conteúdo uma das situações previstas no art. 267 ou no art. 269 do CPC, reservadas às sentenças.

Por sua vez, a **sentença** é o ato do juiz que tem como conteúdo uma das situações do art. 267 ou do art. 269 do CPC (por exemplo: ilegitimidade para a causa; prescrição ou julgamento do pedido); possui caráter decisório; pode

causar prejuízo; e desafia os recursos de **apelação** e de **embargos de declaração** – este último, quando presente uma das hipóteses do art. 530 do CPC.

Ademais, os pronunciamentos dos Tribunais são conhecidos com acórdãos.

O **acórdão** é uma decisão de um órgão colegiado pertencente a um Tribunal (Turma, Seção, Câmara, Grupo de Câmaras, Órgão Especial, Corte Especial, Tribunal Pleno etc.); possui caráter decisório; pode causar prejuízo; e desafia **embargos de declaração, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário ou embargos de divergência**, conforme o caso.

Os integrantes dos Tribunais também podem proferir **decisões monocráticas ou singulares**, normalmente impugnáveis por meio de agravo interno. Por exemplo: a decisão de inadmissibilidade ou de mérito do recurso proferida pelo relator – art. 557 do CPC.

Falemos agora dos recursos.

O recurso de embargos de declaração objetiva aclarar ou integrar todo e qualquer pronunciamento jurisdicional obscuro, omissivo ou contraditório, podendo, eventualmente, possuir caráter infringente (modificador do conteúdo da decisão) em determinadas situações.

Houve grande polêmica a respeito da natureza jurídica dos embargos de declaração, mas hoje não resta dúvida de que essa natureza é recursal, em razão do que dispõe o inciso IV do art. 496 do CPC.

Já o agravo é o recurso destinado a reformar ou anular as decisões interlocutórias. Suas principais espécies são o agravo de instrumento e o agravo retido, embora existam outros tipos de agravo, como o interno, também conhecido como regimental, e o agravo do art. 544 do CPC, também conhecido como agravo nos próprios autos, agravo em recurso especial ou recurso extraordinário com agravo, conforme o caso.

A **apelação**, por seu turno, é o recurso apropriado para reformar ou anular a sentença.

Para efeito de recorribilidade, o Código não distingue as sentenças processuais ou terminativas das sentenças de mérito ou definitivas, nem as sentenças proferidas no processo de conhecimento das sentenças proferidas nos processos cautelares e de execução, pois todas desafiam o recurso de **apelação**.

Os embargos infringentes, por sua vez, são cabíveis para impugnar acórdão proferido por maioria de votos: em apelação, quando reformada uma sentença de mérito; ou em ação rescisória, quando julgado procedente o pedido do autor.

Já o recurso ordinário, também conhecido como recurso ordinário constitucional, tem, no direito processual civil, o papel semelhante ao de uma apelação dirigida: ao Supremo Tribunal Federal, quando denegatória a decisão proferida em única instância por Tribunal Superior, em mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção; ou ao Superior Tribunal de Justiça, quando denegatória a decisão proferida em única instância por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, em mandado de segurança, ou ainda, nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no Brasil, causas essas que são de competência originária dos juízos federais de primeira instância.

Também dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça são os recursos extraordinário e especial. Mas, ao contrário do recurso ordinário constitucional, não se assemelham à apelação. São recursos destinados à manutenção do sistema federativo, pois, além de assegurar a supremacia do direito constitucional e do direito federal sobre o direito local, proporcionam uma uniformidade de entendimentos acerca do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional em todo o país. Por isso são recursos de fundamentação vinculada, de estrito direito ou de devolutividade restrita, limitada às matérias previstas na Constituição Federal.

No recurso extraordinário, alega-se fundamentalmente a violação à Constituição Federal, pois o Supremo Tribunal Federal julga, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Não apenas os acórdãos podem ser objeto de recurso extraordinário, pois decisões de primeira instância, como a dos embargos infringentes previstos na Lei das Execuções Fiscais, e decisões de órgãos colegiados que não são propriamente tribunais, como as decisões dos Colégios Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, podem desafiar recurso extraordinário.

Já no recurso especial, alega-se essencialmente a violação à Lei Federal,

pois o Superior Tribunal de Justiça julga, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou Lei Federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por fim, os embargos de divergência são cabíveis: no Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento de recurso extraordinário, a decisão da turma divergir da decisão da outra turma ou do plenário; e no Superior Tribunal de Justiça, quando, no julgamento de recurso especial, a decisão da turma divergir da decisão de outra turma, de uma seção ou da Corte Especial.

O cabimento de cada um desses recursos será abordado de forma detalhada mais adiante.

Note-se, porém, que na legislação extravagante estão previstos outros recursos, tais como os embargos infringentes das execuções fiscais (art. 34 da Lei n. 6.830/80) e o recurso inominado dos juizados especiais cíveis estaduais e federais (art. 41 da Lei n. 9.099/95).

#### **4.1.2 Legitimidade recursal**

Estão legitimados para recorrer: a parte *vencida*; o Ministério Público; e o terceiro *prejudicado*.

A parte, ou seja, aquele que pede ou em face de quem se pede em juízo, tem legitimidade para recorrer. O fato de ser – ou de não ser – vencida não é questão afeta à legitimidade, malgrado a letra da lei, sendo, quando muito, relacionada ao interesse. Basta a condição de parte, autora ou ré, para ter legitimidade recursal. Ainda que a parte não tenha legitimidade para a causa, por não ser titular da relação jurídica de direito material hipotética, terá legitimidade recursal. Extinto o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade para a causa, a parte ilegítima *para a causa* tem legitimidade *para o recurso*.

Devem ser compreendidos como parte: o litisconsorte; o substituto processual; o sucessor processual; o oponente e os opostos; o nomeado à autoria; o chamado ao processo; o denunciado à lide; e o assistente litisconsorcial.

O litisconsorte, como parte que é, possui legitimidade para recorrer. Pouco importa se o litisconsórcio em questão é ativo, passivo ou misto, inicial ou ulterior, simples ou unitário, facultativo ou necessário.

Conforme dispõe o *caput* do art. 509 do CPC, “O recurso interposto por um litisconsorte a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”. Mas esse dispositivo se aplica ao litisconsórcio simples (a decisão do juiz pode ser diferente para cada litisconsorte) e ao litisconsórcio unitário (a decisão do juiz deve ser igual para todos os litisconsortes)? Tem prevalecido o entendimento de que o dispositivo somente se aplica ao litisconsórcio unitário, porque nele prevalece o regime especial (o ato benéfico praticado por um litisconsorte se estende aos demais litisconsortes, mas o ato maléfico praticado por um litisconsorte não produz efeitos, nem mesmo para quem o praticou).

O assistente litisconsorcial é litisconsorte, como preceitua o Código, art. 54, e, nessa condição, pode recorrer. Isso se dá porque a lide lhe diz respeito, na medida em que a sentença pode atingir diretamente – e não reflexamente – seu patrimônio jurídico. O interesse jurídico do assistente litisconsorcial na vitória de uma das partes é, em verdade, o interesse jurídico na sua própria vitória. Desta forma, a assistência litisconsorcial é, via de regra, um litisconsórcio unitário, facultativo e ulterior. Se, por exemplo, o condômino promover, individualmente, a ação para reivindicar a coisa comum – agindo em nome próprio, na defesa do seu próprio interesse e dos interesses dos outros condôminos (art. 1.314 do CC) – e os demais condôminos resolverem ingressar no curso do processo como assistentes litisconsorciais, haverá, entre os condôminos, um litisconsórcio: unitário, porque a sentença atingirá a todos uniformemente; facultativo, porque a formação do litisconsórcio não é obrigatória; e ulterior, porque constituído depois da propositura da ação. Os assistentes litisconsorciais, como todos os litisconsortes, são alcançados pela autoridade da coisa julgada material. E o assistido não pode se opor à interposição do recurso pelo assistente, como ocorre com a assistência simples, porque o assistente não é mero auxiliar, mas litisconsorte, sob o regime do litisconsórcio unitário.

Já o Ministério Público tem legitimidade recursal, atuando como parte ou apenas como fiscal da lei, ainda que a parte não recorra, conforme diz o enunciado da Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça. Por exemplo: o Ministério Público pode recorrer das decisões proferidas nas ações de investigação de paternidade, em razão do interesse público presente nestas.

E o terceiro prejudicado é, normalmente, o terceiro juridicamente interessado (não basta interesse de fato, moral ou econômico), que pode atuar no processo como assistente simples (a sentença pode atingir reflexamente uma relação jurídica sua), como, por exemplo, o sublocatário numa ação de despejo proposta pelo locador em face do locatário. Mas há exceções. Por exemplo:

considera-se terceiro prejudicado, para recorrer da sentença, aquele que deveria ser citado como litisconsorte necessário e não foi.

O assistente simples é o terceiro por excelência, pois, não sendo parte, já que alheio à lide, possui interesse jurídico na vitória de uma das partes, tendo em vista que a sentença pode atingir de fato – ou reflexamente – sua esfera jurídica.

Como se disse, a figura do terceiro prejudicado normalmente coincide com a daquele que pode atuar no processo como assistente simples.

Mas é preciso fazer uma distinção importante: no papel exclusivo de assistente simples, o terceiro age pela simples possibilidade de a sentença atingir reflexamente uma relação jurídica sua – significa que o assistido pode impedir o seu recurso (o assistente simples só pode recorrer se o assistido não se opuser); já o terceiro prejudicado, assistente simples ou não, teve uma relação jurídica sua afetada, e age em razão disso – significa que a parte não pode impedir o seu recurso (pode recorrer, ainda que o assistido se oponha).

Vale destacar que o terceiro prejudicado não possui prazo especial para recorrer, mas pode optar por impetrar mandado de segurança, ainda que caiba recurso (Súmula 202 do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”).

Há também os que não figuram como partes do processo, nem como terceiros, mas que possuem legitimidade recursal como *partes de algum incidente*. São legitimados a recorrer, como o advogado (por exemplo, quanto aos seus honorários) e o próprio juiz (por exemplo, quando considerado, pelo Tribunal, impedido ou suspeito).

#### **4.1.3 Interesse recursal**

O interesse recursal significa a utilidade do recurso, vale dizer, o recurso deve ser apto a conferir alguma vantagem ou benefício jurídico ao recorrente. Por exemplo: faltará interesse, em razão da urgência, no agravo **retido** interposto contra o indeferimento de um pedido de tutela antecipada. Outro exemplo: o réu não terá interesse em recorrer contra a sentença de improcedência, para pedir a extinção do processo sem resolução do mérito, porque a improcedência é mais vantajosa para ele, em razão da coisa julgada material. Faltará interesse justamente porque o recurso não pode propiciar uma situação jurídica mais vantajosa para o recorrente.

O sucumbente normalmente tem interesse recursal, mas a sucumbência

não é um elemento indispensável à configuração do interesse recursal. Por exemplo: o réu pode recorrer contra a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, para pedir a improcedência. Nesse caso, o réu não será sucumbente, mas terá interesse recursal, porque o recurso poderá conferir a ele uma situação jurídica mais vantajosa. O mesmo se diga com relação à apelação interposta pelo réu contra a sentença que julga o pedido da ação popular ou da ação civil pública improcedente por insuficiência de provas (nesse caso o autor pode repropor a ação). O réu não será sucumbente, mas terá interesse recursal, porque a improcedência do pedido por outro fundamento pode impedir a repropositura da ação.

Conforme lição clássica de Seabra Fagundes, não importa a intensidade ou a amplitude do interesse que tenha o recorrente. Ainda que a utilidade que possa advir do novo pronunciamento seja mínima, tem lugar o recurso.

Assim, por exemplo, tem interesse recursal o autor quando formula pedido sucessivo, também conhecido como cumulação eventual de pedidos (art. 289 do CPC), e o juiz acolhe o pedido subsidiário, rejeitando o pedido principal. Para o autor, o pedido subsidiário é algo desejável apenas quando em última instância não se consegue obter o pedido principal.

Quando o acórdão possui fundamento constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente para, por si só, manter suas conclusões, o recorrente deve interpor simultaneamente o recurso extraordinário (para o fundamento constitucional) e o recurso especial (para o fundamento infraconstitucional), sob pena de faltar interesse recursal (Súmula 126 do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”; e Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”). Explica-se: o recurso interposto isoladamente carecerá de interesse, porque não poderá combater o acórdão sozinho, na medida em que suas conclusões permanecerão íntegras em razão do outro fundamento. Vale dizer: ou ataca ambos os fundamentos, ou não ataca nenhum deles.

Ademais, alguns autores entendem que o interesse recursal do Ministério Público não precisa ser demonstrado, porque está pressuposto em sua legitimação.

#### 4.1.4 *Tempestividade*

O requisito da tempestividade caracteriza-se pela ausência de preclusão temporal, ou seja, pela necessidade de o recurso ser interposto no prazo legalmente estabelecido para tal.

Há preclusão temporal quando se perde a possibilidade de praticar um ato processual em razão do decurso do prazo (por exemplo, o agravo foi interposto no décimo primeiro dia). Já a preclusão consumativa acontece quando se perde a possibilidade de praticar um ato processual, porque este ato já foi praticado (por exemplo, não é possível recorrer, ainda que no prazo legal, para complementar as razões já expostas em recurso anteriormente interposto). E ocorre preclusão lógica quando se perde a possibilidade de praticar um ato processual, porque já foi praticado um ato incompatível com este que agora se deseja praticar (por exemplo, o recorrente renunciou ao direito de recorrer e agora, arrependido, deseja, no prazo legal, interpor o recurso).

No Processo Civil, a maioria dos recursos possui prazo de quinze dias (apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência), alguns possuem prazo de dez dias (agravo retido, agravo de instrumento e agravo interposto nos próprios autos – art. 544 do CPC) e outros possuem prazo de cinco dias (embargos de declaração e agravo interno – este quase sempre apresenta o prazo de cinco dias).

Os prazos recursais são sempre legais (fixados pela lei), próprios (o descumprimento acarreta consequência processual específica) e peremptórios (não podem ser alterados pela vontade das partes – mas podem ser restituídos, por exemplo, pelo falecimento da parte ou do seu advogado, ou por qualquer motivo de força maior, conforme determina o art. 507 do CPC).

A Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquias e Fundações Públicas) e o Ministério Público possuem prazo em dobro para recorrer (não incluindo as contrarrazões) e em quádruplo para contestar (na verdade, para responder ou praticar qualquer outro ato no prazo da resposta, como impugnar o valor da causa e promover ação declaratória incidental).

Já o defensor público e os litisconsortes com procuradores diferentes – desde que ostentem diversidade de procuradores no momento em que forem intimados para a interposição do recurso – possuem prazo em dobro para recorrer. Na verdade, eles possuem prazo em dobro para a prática de todo e qualquer ato processual, como interpor recurso ou apresentar contrarrazões.

O defensor público e os litisconsortes com procuradores diferentes não precisam requerer o deferimento do privilégio, nem precisam comunicar a existência do privilégio antes de escoado o prazo recursal.

Ademais, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça que litisconsortes com procuradores diferentes possuem o privilégio do prazo dobrado, ainda que os advogados pertençam ao mesmo escritório.

Todavia, “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido” (Súmula 641 do STF). Portanto, algum outro litisconsorte, além do recorrente, deve ter interesse recursal para que se conceda o privilégio do prazo dobrado.

O advogado dativo tem o privilégio do prazo dobrado? O Superior Tribunal de Justiça tem entendido – erroneamente – que a regra estabelecida para o defensor público não se aplica ao advogado dativo.

Os prazos recursais normalmente têm início no primeiro dia útil subsequente à publicação no órgão oficial de imprensa (o art. 506 diz que o prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, “contar-se-á da data: I – da leitura da sentença em audiência; II – da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência; III – da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial”). Se a decisão recorrível for publicada em *Diário da Justiça Eletrônico*, a data da publicação será “o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no *Diário da Justiça Eletrônico*”, e o prazo terá início “no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação” (§§ 3º e 4º do art. 4º da Lei n. 11.419/2006).

Existe divergência quanto ao aproveitamento do recurso prematuro, vale dizer, do recurso interposto antes da abertura do prazo. O Superior Tribunal de Justiça normalmente admite o recurso prematuro, enquanto o Supremo Tribunal Federal normalmente o considera extemporâneo ou intempestivo.

Entretanto, não é prematuro o recurso quando o recorrente toma ciência inequívoca da decisão nos próprios autos.

Vale ainda destacar que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição dos demais recursos por qualquer das partes. Por exemplo: opostos os embargos de declaração contra a sentença, o prazo da apelação estará interrompido e será restituído por inteiro quando as partes forem intimadas do julgamento dos embargos.

E se os embargos de declaração não forem admitidos? Prevalece o entendimento de que os embargos de declaração não admitidos interrompem o prazo para os demais recursos, exceto se – os embargos – forem **intempestivos** (alguns acham que a interrupção não se dará se os embargos forem protelatórios, enquanto outros entendem que a interrupção não ocorrerá se os embargos forem manifestamente inadmissíveis).

Nos juizados especiais, os embargos de declaração opostos contra a sentença suspendem o prazo do recurso inominado, consoante dispõe a Lei n. 9.099/95. Já os embargos de declaração opostos contra a decisão do colégio ou da turma recursal interrompem o prazo para a interposição do recurso extraordinário, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Já o pedido de reconsideração não interrompe, nem suspende o prazo para a interposição do recurso.

#### ***4.1.5 Regularidade formal***

Todo recurso deve apresentar uma forma que o torne apto a alcançar seus objetivos.

A forma legal mínima exigida é composta pelas razões e pelo pedido (ou razões do inconformismo e pedido de nova decisão).

De fato, em todos os recursos é dever do recorrente apresentar as razões do inconformismo, vale dizer, a fundamentação de fato e de direito, e o pedido de nova decisão, ou seja, o pedido para que o órgão julgador reforme, anule, aclare ou integre a decisão recorrida, porque: a) são atos postulatórios; b) esses requisitos são exigidos na apelação (art. 514 do CPC), nos agravos (§ 3º do art. 523 e art. 524 do CPC), no recurso especial e no recurso extraordinário (art. 541 do CPC), o que leva a crer que devem ser exigidos nos demais recursos; c) a motivação do recurso, assim como a motivação da decisão (inciso IX do art. 93 da CF), permite a atuação do princípio do contraditório; d) a petição inicial deve indicar a causa de pedir e o pedido (incisos III e IV do art. 282 do CPC), cuja projeção, no âmbito recursal, dá-se exatamente nas razões do inconformismo e no pedido de nova decisão.

As razões devem guardar correlação com a decisão impugnada, pois será inadmissível o recurso quando “deixar de atacar especificamente os fundamentos da decisão” recorrida (Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça, referente ao agravo, mas aplicável a todos os recursos: “É inviável o agravo do

Art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”) ou quando “a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (Súmula 284 do STF, que se refere ao recurso extraordinário, sendo, porém, aplicável a todos os recursos: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

Por outro lado, não será admitido o recurso desacompanhado das razões recursais.

Mais adiante falaremos sobre a possibilidade do aditamento das razões recursais após o julgamento dos embargos de declaração (princípio da complementaridade).

Já o pedido de nova decisão deve especificar se o recorrente deseja a reforma, a anulação, a modificação ou a integração da decisão recorrida, indicando a extensão da matéria atacada, em quantidade e em qualidade, pois a decisão pode ser impugnada no todo ou em parte (arts. 505 e 515 do CPC).

Mas a regularidade formal não se limita às razões e ao pedido.

Como regra a petição do recurso deve ser apresentada por escrito, embora a lei admita a interposição oral em algumas situações, como a do agravo retido contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento (§ 3º do art. 523 do CPC) e a dos embargos de declaração nos juizados especiais (art. 49 da Lei n. 9.099/95).

Ademais, a petição do recurso deve ser subscrita por um advogado (art. 36 do CPC e inciso I do art. 1º da Lei n. 8.906/94), munido de um instrumento de mandato (art. 37 do CPC e art. 5º, *caput*, da Lei n. 8.906/94).

De qualquer forma, a falta de procuração é um vício sanável (§ 4º do art. 515 do CPC) e, por outro lado, “O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período” (§ 1º do art. 5º da Lei n. 8.906/94).

Por fim, cumpre dizer que para cada recurso outros elementos podem ser exigidos como indispensáveis à regularidade formal dos mesmos. Por exemplo: no agravo de instrumento, o recorrente deve apresentar os nomes e os endereços dos procuradores, além da exposição do fato e do direito; no recurso extraordinário, o recorrente deve apresentar uma preliminar de repercussão geral (a preliminar compõe a regularidade formal e deve ser apresentada mesmo quando a repercussão for presumida).

#### 4.1.6 Preparo

O preparo é um tributo da espécie **taxa** (Súmula 667 do STF: “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”), acrescida, muitas vezes, do chamado **porte de remessa e de retorno** dos autos, vale dizer, de um adiantamento das despesas pelo processamento do recurso.

A disciplina sobre o preparo não deveria ser objeto de preocupação dos processualistas, mas dos tributaristas ou dos administrativistas.

No entanto, por expressa disposição legal, a ausência e a insuficiência do preparo geram consequências processuais. A **ausência** do preparo acarreta a deserção. Assim, o recurso não será admitido. Já a **insuficiência** do preparo (preparo realizado a menor) acarretará a deserção e, portanto, o não conhecimento do recurso, apenas se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.

Um dos autores desse livro (Rodrigo da Cunha Lima Freire) publicou artigo defendendo que a ausência do preparo é uma nulidade sanável, aplicando-se à hipótese o disposto no § 4º do art. 515 do CPC, que prevê o saneamento de nulidades no âmbito recursal.

Vale a ressalva de que no juizado especial cível não se tem admitido a complementação do valor do preparo, quando insuficiente.

O preparo deve ser comprovado pelo recorrente no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção (conforme o art. 511 do CPC: “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”).

Prevalece o entendimento de que ocorre preclusão consumativa quando o preparo é efetuado dentro do prazo recursal, mas após a interposição do recurso. Exemplo: o recorrente apela no quinto dia do prazo, mas efetua o preparo apenas no décimo dia do prazo.

Há, também, entendimento de parte da jurisprudência – a Corte Especial do STJ já decidiu assim –, segundo o qual o preparo pode ser efetuado no primeiro dia útil seguinte à interposição do recurso, quando a interposição ocorreu num dia ou num horário que não permitia o pagamento (por exemplo: após o encerramento do expediente bancário).

Ao contrário do que ocorre com a sistemática adotada pelo CPC, o preparo do recurso inominado do juizado especial cível “será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção” (§ 1º do art. 42 da Lei n. 9.099/99).

Já na Justiça Federal, o preparo da apelação e do recurso ordinário será efetuado no prazo de cinco dias após a interposição do recurso (inciso II do art. 14 da Lei n. 9.289/96).

Algumas pessoas são dispensadas do preparo, como o beneficiário de justiça gratuita (arts. 3º e 9º da Lei n. 1.060/50), o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios (quando existirem), Autarquias e Fundações Públicas (§ 1º do art. 511 do CPC e art. 1º-A da Lei n. 9.494/97).

Ademais, alguns recursos não se sujeitam a preparo, como o agravo retido (parágrafo único do art. 522 do CPC), o agravo contra a decisão que nega seguimento a recurso especial ou a recurso extraordinário (§ 2º do art. 544), o agravo interno (§ 1º do art. 557 do CPC), os embargos de declaração (art. 536 do CPC), os embargos infringentes da LEF (art. 34 da Lei n. 6.830/80) e os recursos no ECA (inciso I do art. 198 da Lei n. 8.069/90).

#### ***4.1.7 Ausência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer***

São fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer: a renúncia ao recurso (renúncia ao direito de recorrer); a desistência do recurso; a aquiescência à decisão; a desistência da ação; a transação; o reconhecimento jurídico do pedido; e a renúncia ao direito (renúncia à pretensão).

A renúncia ao recurso é anterior à interposição do recurso, podendo ser anterior ou posterior à decisão recorrível. Já a desistência do recurso é posterior à interposição do recurso e pode ocorrer em qualquer tempo, desde que em momento anterior ao julgamento do recurso.

Ambas – renúncia e desistência do recurso – independem da concordância do recorrido ou de litisconsorte – mas se o litisconsórcio for unitário, só produzirá efeito se todos renunciarem ou desistirem – e de homologação judicial, embora esta normalmente aconteça, além de não admitirem retratação.

A renúncia ao recurso principal alcançaria o recurso adesivo? Há divergências quanto a esse ponto.

Por outro lado, a Corte Especial do STJ já decidiu que é impossível desistir dos recursos especiais repetitivos, representativos de controvérsia, admitidos e processados sob o rito do art. 543-C do CPC, em razão da prevalência do interesse público (QO no REsp 1.063.343/RS).

Já a aquiescência é uma aceitação, que pode ser expressa ou tática (exemplo: o juiz condena o réu a pagar determinada quantia; o recurso possui o duplo efeito, mas no prazo recursal o réu efetua o pagamento).

Igualmente ao que ocorre com a renúncia e a desistência, a aquiescência à decisão não exige a anuência do recorrido ou de qualquer litisconsorte – mas, se o litisconsórcio for unitário, não produzirá efeitos, exceto se todos aquiescerem – e independe de homologação judicial, embora esta normalmente ocorra, nem admite retratação.

A desistência da ação acarreta uma extinção do processo sem resolução do mérito e pode ocorrer no âmbito recursal, mas exige aceitação do réu quando se der após o prazo da resposta. Será homologada por meio de uma decisão processual (art. 267 do CPC), sem que ocorra a chamada coisa julgada material (imutabilidade do dispositivo da sentença de mérito).

Por fim, a transação, o reconhecimento do pedido e a renúncia ao direito (renúncia à pretensão) podem ocorrer na fase recursal e serão homologados por uma decisão de mérito (art. 269 do CPC), acobertada pela coisa julgada material.

Vale anotar que os fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer, quando praticados pelo advogado, normalmente exigirão procuração com poderes especiais (art. 38 do CPC).

#### **4.2 Juízo de mérito: conteúdo**

Assim como o mérito da causa (lide) é fixado pelo pedido do autor, o mérito do recurso é fixado pelo pedido do recorrente. Não se confundem. Por exemplo: numa ação de reparação de danos, o réu pede R\$ 100.000,00 e, no curso do processo, o juiz indefere um pedido de produção de prova pericial, desafiando o recurso de agravo; nesse caso, o mérito da causa são os R\$ 100.000,00 e o mérito recursal é a produção da prova pericial.

Existem recursos chamados de “recursos de fundamentação vinculada” ou “recursos de estrito direito”, cujos erros são tipificados em lei como pressupostos do cabimento. Por exemplo: os embargos de declaração (erros

previstos no art. 535 do CPC); o recurso especial (erros previstos no inciso III do art. 105 do CF); e o recurso extraordinário (erros previstos no inciso III do art. 102 da CF).

Nesses recursos, a distinção entre a admissibilidade e o mérito não é nítida. É preciso fazer o seguinte raciocínio: se a parte não alegar um dos erros previstos em lei, o recurso não deve ser conhecido; por outro lado, se a parte alegar um dos erros previstos em lei, mas se esse erro não tiver efetivamente ocorrido, o recurso deve ser conhecido, mas o órgão *ad quem* negará provimento.

#### **4.3 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito: competência**

Para que se entenda a competência quanto à admissibilidade e ao mérito, precisaremos estabelecer uma diferença: o órgão *a quo* é aquele que profere a decisão recorrida; e o órgão *ad quem* é aquele que julga o recurso. Por exemplo: o juiz que profere a sentença é o órgão *a quo*; e o Tribunal que julga a apelação é o órgão *ad quem*.

Compete ao órgão *ad quem* realizar o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, mas quando o recurso, por força de lei, é dirigido ao órgão *a quo* (por exemplo: apelação, recurso especial, recurso extraordinário etc.), este possui competência para fazer um juízo de admissibilidade provisório. Se o juízo for positivo (os pressupostos recursais estiverem presentes), os autos serão enviados ao órgão *ad quem*, que fará um novo juízo de admissibilidade. Se o juízo for negativo (faltar um pressuposto recursal), caberá agravo contra essa decisão (denegatória de seguimento ao recurso), que será apreciado pelo órgão *ad quem*. Exemplo: a apelação é interposta perante o juízo de primeiro grau que proferiu a sentença; se o juiz admitir o recurso, enviará os autos ao Tribunal, que fará um novo juízo de admissibilidade e, sendo este positivo, um juízo de mérito; se o juiz não admitir o recurso, negará seguimento ao mesmo por meio de uma decisão interlocutória, contra a qual o recorrente poderá se insurgir por meio de agravo de instrumento, que será julgado pelo Tribunal.

Existe uma exceção interessante: o agravo previsto no art. 544 do CPC (contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou de recurso extraordinário) é interposto perante o órgão *a quo*, mas este não poderá realizar um juízo de admissibilidade, devendo remeter os autos ao órgão *ad quem*. Se, por um equívoco, o órgão *a quo* negar seguimento ao agravo do art. 544 do CPC, caberá reclamação constitucional no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo

Tribunal Federal, conforme o caso.

Ademais, permite o *caput* do art. 557 do CPC que o relator realize um juízo de admissibilidade provisório, *negando seguimento* a recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Esse mesmo dispositivo legal possibilita ao relator *negar seguimento* a recurso manifestamente improcedente. Como, porém, *recurso inadmissível* não se confunde com *recurso improcedente*, porque juízo de admissibilidade não se confunde com juízo de mérito, nesse caso o relator *negará provimento*, e não *seguimento*, ao recurso.

Já o § 1º-A do art. 557 do CPC abre ao relator a possibilidade de realizar um juízo de mérito, *provendo* o recurso interposto contra uma decisão proferida em manifesto confronto com uma súmula ou com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Portanto, nos casos do art. 557 do CPC (quando o recurso for *manifestamente inadmissível* – faltar algum pressuposto recursal –, **improcedente** – improcedência quanto ao mérito recursal –, **prejudicado** – perda do interesse recursal – ou estiver em manifesto **confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**; ou quando a decisão recorrida estiver em manifesto **confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior**), o relator do recurso poderá, monocraticamente, fazer juízo de admissibilidade (**negará seguimento** a recurso manifestamente inadmissível ou prejudicado) ou juízo de mérito (**negará provimento** a recurso **manifestamente improcedente** ou em **manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior**; e **dará provimento** ao recurso quando a **decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior**).

Ao disposto no art. 557 do CPC, somam-se ainda outras disposições regimentais, permitindo ao relator do recurso – e, algumas vezes, ao Presidente do Tribunal – a realização de um juízo de admissibilidade ou de um juízo de mérito monocrático.

As decisões monocráticas deveriam ser excepcionais, porque a colegialidade é o desejo de quem recorre, mas alguns Tribunais – especialmente os Superiores – estão transformando em regra aquilo que deveria ser exceção.

Como ensina Pontes de Miranda, a certeza que se busca com o recurso decorre, com superioridade, dos diversos exames *ao mesmo tempo*, e não do duplo ou do múltiplo exame *no tempo*.

Assim, e especialmente em recursos que desempenham uma função uniformizadora da jurisprudência, como o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência, o art. 557 deveria ser usado com moderação.

Ressalte-se que os julgamentos monocráticos dos recursos especiais e dos recursos extraordinários têm aberto espaço para os conflitos internos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Contra a decisão monocrática do recurso, caberá agravo interno, no prazo de cinco dias, que será julgado pelo colegiado competente para o julgamento do recurso.

Esse agravo interno, por razões óbvias, não deve ser julgado monocraticamente pelo relator (a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o relator não pode negar seguimento ao agravo interno).

Por fim, importante destacar a utilização das seguintes expressões: fala-se em *dar* ou *negar seguimento*, quando o órgão *a quo* ou o relator do recurso realiza juízo de admissibilidade; fala-se em *conhecer* ou *não conhecer* do recurso, quando o órgão *ad quem* realiza juízo de admissibilidade; e fala-se em *dar* ou *negar provimento*, quando o órgão *ad quem* ou o relator realiza juízo de mérito.

## 5. Efeitos

Os efeitos clássicos dos recursos são o devolutivo e o suspensivo.

Significa o **efeito devolutivo** que a interposição do recurso admissível transfere ao *órgão ad quem* o conhecimento da matéria, decidida pelo *órgão a quo*, nos limites da impugnação.

O vocábulo *devolutivo*, aliás, é causador de alguma perplexidade entre os profissionais do direito. Se as ações são propostas perante o *órgão a quo*, por que o recurso *devolveria* ao *órgão ad quem* a matéria impugnada?

Na verdade, a palavra “devolver” é mantida em respeito à história, pois, quando os juízes eram delegados do soberano, o recurso devolvia a este o conhecimento originário da causa.

Todos os recursos possuem efeito devolutivo, porque efeito devolutivo significa transferência de conhecimento, ainda que esta se dê para o mesmo órgão jurisdicional.

Há, porém, recursos que possuem efeito devolutivo amplo, porque neles o recorrente pode invocar qualquer erro. São os recursos de fundamentação livre (v.g., apelação e agravos). Outros recursos possuem efeito devolutivo restrito ou limitado, porque, para eles, a tipicidade do erro é pressuposto do cabimento. São os recursos de fundamentação vinculada, de efeito devolutivo restrito ou de estrito direito (por exemplo, os embargos de declaração, o recurso especial e o recurso extraordinário).

Releva destacar três importantes consequências do efeito devolutivo:

- a) *Tantum devolutum quantum appellatum* – o órgão *ad quem* não pode julgar matéria estranha ao recurso.
- b) Proibição à *reformatio in pejus* – o órgão *ad quem* não pode agravar a situação do recorrente porque deve se ater exclusivamente à matéria objeto do recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*), no qual, obviamente, não constará o pedido para que tal aconteça.
- c) Proibição ao *jus novorum* – o recurso não é outra ação, que permita o amplo reexame do litígio (*novum judicium*), mas o prolongamento da ação no mesmo processo, possibilitando a realização de um controle sobre a decisão proferida na instância inferior (*revisio prioris instantiae*), razão pela qual a instância superior não deverá conhecer de novos fatos ou de novas provas.

Tais consequências, no entanto, possuem limitações ou exceções legais, como as que se verificam nos §§ 1º ao 3º do art. 515 e nos arts. 516, 517, 462 e 267, § 3º, c/c o art. 301 do CPC.

Já o **efeito suspensivo** é uma qualidade que impede a produção dos efeitos da decisão recorrida.

Normalmente o efeito suspensivo tem início com a simples possibilidade de recorrer – ou seja, com a abertura do prazo – e termina com a preclusão para a interposição do recurso ou com a intimação da decisão do recurso.

É o que ocorre, em regra, com a apelação. Publicada a sentença, tem

início o efeito suspensivo, obstando a produção dos efeitos da sentença. A interposição da apelação apenas prolonga o efeito suspensivo.

Ao contrário do efeito devolutivo, o efeito suspensivo não é da essência dos recursos, razão pela qual alguns recursos são recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo (com efeito suspensivo), enquanto outros são recebidos apenas no efeito devolutivo (sem efeito suspensivo). Por exemplo: salvo disposição legal em contrário, a apelação é recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo (com efeito suspensivo); já o agravo de instrumento é recebido apenas no efeito devolutivo (sem efeito suspensivo).

Quando o efeito suspensivo não está assegurado pela lei (efeito suspensivo legal), o recorrente poderá requerê-lo (efeito suspensivo judicial). É o caso do agravo de instrumento, por exemplo.

O requerimento pode ocorrer no corpo do recurso ou por simples petição (o art. 558 prevê tal requerimento para o agravo de instrumento e para a apelação quando recebida apenas no efeito devolutivo) ou por meio de medida cautelar (é comum a utilização da medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial e a recurso extraordinário, por exemplo).

É importante notar que os efeitos devolutivo e suspensivo não estão exatamente no mesmo plano. Há certa verticalidade entre eles, na medida em que o efeito suspensivo legal é anterior à própria interposição do recurso, pois inicia com a simples possibilidade de recorrer, enquanto o efeito devolutivo decorre da interposição do recurso, transferindo ao órgão *ad quem* a matéria impugnada, desde que ultrapassado o filtro da admissibilidade. Já o efeito suspensivo judicial é, de alguma maneira, posterior ao efeito devolutivo, pois só depois de interposto e de admitido o recurso, ainda que provisoriamente, é que o órgão competente dele tratará.

Registre-se, por outro lado, que os efeitos devolutivo e suspensivo não possuem qualquer relação entre si, muito embora na prática forense seja comum que o juiz receba o recurso apenas no efeito devolutivo, quando, em verdade, todo recurso é recebido no efeito devolutivo, ou no duplo efeito, ou em ambos os efeitos, ou ainda nos efeitos devolutivo e suspensivo, quando, em verdade, o recurso foi recebido com o efeito suspensivo, porque o devolutivo é inerente a todo e qualquer recurso.

A doutrina fala também em outros efeitos, como o expansivo, o translativo, o substitutivo, o diferido e o regressivo.

O efeito expansivo, na doutrina de Nelson Nery Jr., significa que o

juízo de recurso enseja decisão mais abrangente que a matéria impugnada. Exemplo: após a prolação da sentença, sobrevém a decisão do agravo de instrumento – anteriormente interposto –, determinando a realização de uma prova pericial; nesse caso, a sentença, que não foi impugnada pelo agravo, será alcançada.

Fala-se em efeito expansivo subjetivo quando o recurso interposto por um litisconsorte aproveita aos demais e, segundo o *caput* do art. 509 do CPC, “O recurso interposto por um litisconsorte a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”.

Já o efeito translativo é aquele que permite ao órgão *ad quem* conhecer de ofício das matérias de ordem pública, como falta de condição da ação ou de pressuposto processual.

Por sua vez, o efeito substitutivo significa que a decisão de mérito do recurso substitui a decisão recorrida (art. 512 do CPC).

Para que o efeito substitutivo ocorra, é preciso que o recurso seja conhecido e: a) não provido (até porque o órgão *ad quem* pode manter a decisão por outros fundamentos); ou provido por *error in iudicando* (a decisão recorrida é injusta, em razão de uma má apreciação do fato ou do direito).

Se o recurso for provido por *error in procedendo* (a decisão recorrida é ilegal. Exemplo: sentença sem fundamentação), não haverá efeito substitutivo, porque a decisão recorrida será anulada, e não reformada.

Com o efeito diferido, o conhecimento do recurso depende do conhecimento de outro recurso. Isso ocorre, por exemplo, no recurso adesivo.

Já o efeito regressivo é aquele que devolve o conhecimento da matéria ao órgão *a quo*. Exemplo disso é o juízo de retratação que o juiz pode fazer no agravo retido ou de instrumento, ou ainda, na apelação interposta contra a sentença que indeferiu a petição inicial e na apelação interposta contra a sentença que julgou o pedido antes da citação (art. 285-A do CPC).

Por fim, cumpre dizer que alguns entendem como efeito dos recursos o impedimento à formação da coisa julgada.

## 6. Recurso adesivo

O recurso adesivo é uma forma de interpor apelação (e o recurso ordinário previsto na alínea *b* do inciso II do art. 539 do CPC), embargos infringentes, recurso especial ou recurso extraordinário, no prazo das

contrarrazões, quando houver sucumbência recíproca. Exemplo: o autor pede R\$ 100.000,00 e o juiz condena o réu ao pagamento de R\$ 60.000,00; ambas as partes podem apelar da sentença, porque nenhum delas obteve tudo o que desejava (sucumbência recíproca); o autor, satisfeito com o valor obtido (recorrerá apenas se o réu recorrer), deixa ultrapassar o prazo legal para o recurso; o réu apela no prazo legal; então o autor, no prazo das contrarrazões, interpõe o recurso adesivo (apelação interposta sob a forma adesiva).

O objetivo do recurso adesivo é dar confiança a ambas as partes para que não recorram, pois muitas vezes o recurso de um é interposto apenas porque o outro recorreu.

O recurso adesivo:

- a) exige sucumbência recíproca (ambas as partes são vencedores e vencidos);
- b) é interposto no prazo das contrarrazões (se for interposto no prazo principal, não será tido como adesivo);
- c) não é uma espécie recursal autônoma, mas uma forma de interpor apelação (ou recurso ordinário previsto na alínea *b* do inciso II do art. 539 do CPC), embargos infringentes, recurso especial ou recurso extraordinário (agravo, embargos de declaração e embargos de divergência, entre outros, não podem ser interpostos na forma adesiva).

Existe divergência jurisprudencial sobre a admissibilidade do recurso adesivo quando a petição do recurso não contém o vocábulo “adesivo”.

No entanto, a divergência não deveria ocorrer, porque o recurso adesivo, como se viu, não é uma espécie recursal autônoma, mas uma forma de interpor apelação (ou recurso ordinário), embargos infringentes, recurso especial ou recurso extraordinário;

- d) não tem sido admitido nos juizados especiais, exceto quanto ao recurso extraordinário;
- e) é conhecido como adesivo, porque sua admissão depende da admissão do recurso principal (se, por exemplo, o recorrente desistir do recurso principal ou o principal for julgado deserto, o recurso adesivo não será admitido);
- f) é predominantemente admitido para a majoração de verba honorária.

O recurso adesivo pode ser chamado pela doutrina de *condicionado* ou

*cruzado* quando: a parte apresenta fundamento constitucional e fundamento federal; o Tribunal *a quo* acolhe um dos fundamentos (por exemplo, o federal), rejeitando o outro (por exemplo, o constitucional); a parte vencida interpõe recurso (por exemplo, recurso especial) para discutir o fundamento que foi acolhido (por exemplo, o federal); e a parte vencedora, apesar de desprovida de interesse recursal para discutir o fundamento que foi rejeitado (por exemplo, o constitucional), pois seu pedido foi procedente pelo outro fundamento (por exemplo, o federal), interpõe recurso adesivo condicionado ou cruzado (por exemplo, o recurso extraordinário), sob a condição deste ser processado se o recurso principal (por exemplo, o recurso especial) for provido.



### Apelação

#### 1. Cabimento

A apelação é o recurso cabível contra as sentenças processuais (art. 267 do CPC) ou de mérito (art. 269 do CPC).

Sentença, como se sabe, é o pronunciamento do juiz que tem como conteúdo uma das situações do art. 267 ou do art. 269 do CPC.

Normalmente a sentença põe fim a um procedimento (não ao processo, como se dizia anteriormente). Por isso mesmo, a apelação sobe para o Tribunal com os autos do processo.

Todavia, há pronunciamentos que têm como conteúdo uma das situações do art. 267 ou do art. 269 do CPC, mas não encerram o procedimento em primeira instância. Por exemplo: a decisão pela qual o juiz excluiu litisconsorte do processo por ilegitimidade para a causa; ou a decisão pela qual o juiz indefere a petição inicial da reconvenção.

Em tais situações, existem divergências quanto à natureza do pronunciamento jurisdicional e ao recurso cabível para impugná-lo. Seria o pronunciamento jurisdicional uma sentença ou uma decisão interlocutória? Caberia contra ele a apelação ou o agravo de instrumento?

Quatro são as posições a respeito do assunto: a) decisão interlocutória desafiadora de agravo de instrumento; b) sentença desafiadora de apelação; c) sentença desafiadora de agravo de instrumento; e d) sentença desafiadora de *apelação por instrumento* (apelação interposta com cópias de peças dos autos).

De qualquer sorte, seja qual for o entendimento a respeito da natureza do pronunciamento, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que o recurso cabível é o agravo de instrumento quando o pronunciamento não encerra o procedimento, apesar de ter como conteúdo uma das situações previstas no art. 267 ou no art. 269 do CPC.

Apesar de o Código vedar o direito à sustentação oral em agravo de instrumento e em embargos de declaração, é razoável admiti-la no agravo que

cumpra função assemelhada à de uma apelação, como, por exemplo, no agravo interposto contra a decisão que excluiu o litisconsorte do processo e no agravo interposto contra a decisão de indeferimento da petição inicial da reconvenção – da oposição ou da ação declaratória incidental.

Por outro lado, o princípio da fungibilidade poderá ser aplicado a essas situações, em razão da existência de dúvida objetiva (divergência na doutrina ou na jurisprudência a respeito do recurso cabível).

Vale ainda destacar que existem outros recursos cabíveis contra as sentenças, como os embargos de declaração (art. 535 do CPC), o recurso ordinário constitucional (alínea *b* do inciso II do art. 539 do CPC), o recurso inominado dos juizados especiais (art. 41 da Lei n. 9.099/95) e os embargos infringentes da Lei das Execuções Fiscais (art. 34 da Lei n. 6.830/80).

## 2. Requisitos

Os requisitos formais da apelação estão previstos no art. 514 do CPC e são os seguintes:

- a) *os nomes e as qualificações das partes* – não obstante o que diz o Código, normalmente as qualificações são dispensadas, porque a apelação é interposta nos próprios autos do processo (o terceiro prejudicado deve ser qualificado);
- b) *os fundamentos de fato e de direito* – são as razões, que devem ser compreensíveis e atacar os fundamentos da sentença;
- c) *o pedido de nova decisão* – significa o pedido do apelante, que fixa o mérito recursal.

## 3. Efeitos

### 3.1 Efeito devolutivo

O *caput* do art. 515 do CPC versa sobre o efeito devolutivo da apelação – mas se aplica a todos os recursos –, vale dizer, a apelação admitida devolve (envia, transfere) ao Tribunal a matéria efetivamente impugnada.

São consequências do efeito devolutivo, também conhecidas como **extensão** ou dimensão horizontal do efeito devolutivo:

#### 3.1.1 “*Tantum devolutum quantum appellatum*”

O Tribunal não pode julgar matéria estranha ao recurso, vale dizer, cabe ao Tribunal se ater à matéria efetivamente impugnada.

A regra *tantum devolutum quantum appellatum* representa a aplicação no âmbito recursal do chamado princípio dispositivo.

Por exemplo: se o Juiz julgar improcedentes os pedidos x, y e z, mas o autor apelar exclusivamente da decisão a respeito do pedido x (capítulo x), o Tribunal não poderá apreciar os pedidos y e z (capítulos y e z).

### 3.1.2 Proibição da “reformatio in pejus”

O Tribunal não pode agravar (piorar) a situação do recorrente.

Por exemplo: se o autor pedir R\$ 100.000,00, mas o juiz conceder R\$ 60.000,00, e apenas o autor apelar, o Tribunal não poderá condenar o réu ao pagamento de valor inferior a R\$ 60.000,00.

A proibição da reforma para pior decorre da regra *tantum devolutum quantum appellatum*: como o Tribunal deve se ater exclusivamente à matéria impugnada e o recorrente não pedirá o agravamento de sua situação, o Tribunal não poderá reformar a sentença para piorar a situação do recorrente.

No reexame necessário igualmente não se admite que o Tribunal piore a situação da Fazenda Pública (Súmula 45 do STJ: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”), mas a razão não está na regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, porque no reexame não se faz presente o princípio dispositivo.

Vale, ainda, destacar que não há reforma para pior quando ambas as partes recorrem de uma sentença e o Tribunal atende ao pedido de uma delas. Por exemplo: se o autor pedir R\$ 100.000,00, mas o juiz conceder R\$ 60.000,00, e ambas recorrerem da sentença, o Tribunal poderá aumentar ou diminuir o valor da condenação.

### 3.1.3 Proibição de inovar

A instância superior não pode conhecer de fatos não alegados ou de provas não produzidas em primeira instância, visto que o recurso é apenas um prolongamento do direito de ação, e não uma outra ação.

Tais consequências, no entanto, não são imunes a limitações ou a exceções legais, também conhecidas como **profundidade** ou dimensão vertical

do efeito devolutivo. É o que se verifica, por exemplo, nos §§ 1º ao 3º do art. 515, nos arts. 516, 517, 462 e 267, § 3º, c/c o art. 301, § 4º:

a) § 1º do art. 515: “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

Exemplo: o autor formula um pedido sucessivo – art. 289 do CPC –, requerendo ao juiz que acolha o pedido “B” (questão de mérito), se não acolher o pedido “A” (questão de mérito). Por sua vez, o juiz acolhe o pedido “A” e o réu interpõe o recurso de apelação. Em tal situação, se o Tribunal entender que o pedido “A” (questão de mérito apreciada) é improcedente, pode conceder o pedido “B” (questão de mérito não apreciada) – o autor não teria interesse em recorrer da sentença. Então, caso a norma não existisse, o Tribunal teria que devolver os autos ao juiz (para apreciar o pedido “B”) ou a matéria (pedido “B”) jamais seria apreciada.

Para o Tribunal Superior do Trabalho, o § 1º do art. 515 não pode ser aplicado ao pedido não apreciado pelo juiz: “O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença” (Súmula 393 do TST).

Não pensamos assim. O dispositivo fala em “questões”, abrangendo as questões de mérito (pedidos), assim como o inciso III do art. 548 do CPC diz que o dispositivo da sentença decidirá as “questões” e estas, como se sabe, são as questões de mérito (pedidos).

b) § 2º do art. 515: “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

Exemplo: o réu alega prescrição (primeiro fundamento) e pagamento da dívida (segundo fundamento), mas o juiz acolhe a alegação de prescrição (único fundamento apreciado pelo juiz). Assim, o autor interpõe o recurso de apelação. Em tal situação, se o Tribunal afastar a prescrição (fundamento apreciado pelo juiz), poderá acolher a alegação de que a dívida foi paga (fundamento não apreciado pelo juiz) – o réu não teria interesse em apelar da sentença. Assim, caso a norma não existisse, o Tribunal teria que devolver os autos ao juiz (para apreciar o pagamento da dívida) ou a matéria (pagamento da dívida) jamais

seria apreciada.

Outro exemplo: o autor pede o despejo por falta de pagamento (primeiro fundamento) e por infração contratual (segundo fundamento), mas o juiz acolhe o pedido por falta de pagamento (fundamento apreciado pelo juiz). Assim, o réu interpõe o recurso de apelação. Em tal situação, se o Tribunal afastar a falta de pagamento (único fundamento apreciado pelo juiz), poderá acolher o pedido do autor pela infração contratual (fundamento não apreciado pelo juiz) – o autor não teria interesse em recorrer da sentença. Então, caso a norma não existisse, o Tribunal teria que devolver os autos ao juiz (para apreciar a infração contratual) ou a matéria (infração contratual) jamais seria apreciada.

c) § 3º do art. 515: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Antes da inclusão deste parágrafo no Código, não se admitia que o Tribunal julgasse o mérito de forma originária, no recurso de apelação – falava-se em supressão de instância.

Hoje, porém, o dispositivo permite que o Tribunal realize o chamado julgamento do mérito *per saltum*.

Seus requisitos essenciais são a **causa madura**, vale dizer, em condições de imediato julgamento, e a **ausência de necessidade de produção de provas**, porque prevalece o entendimento de que as causas fundadas em questões de fato que prescindem de produção de provas, ou cujas provas já foram produzidas, também permitem a aplicação do dispositivo, sendo desnecessário o retorno dos autos ao órgão *a quo*.

Assim, o Tribunal aprecia o mérito originariamente, podendo julgar o pedido procedente ou improcedente, sem que se fale em reforma para pior, porque não se trata propriamente de uma reforma, mas de uma decisão de mérito que se dá pela primeira vez.

Por fim, vale dizer que, embora o Código nada diga a respeito, é razoável aplicar o disposto no § 3º do art. 515 às hipóteses de nulidade da sentença, evitando o retorno dos autos à primeira instância. Por exemplo: a sentença carece de liquidez (não fixa o valor devido), muito embora o autor tenha formulado um pedido certo e determinado. Deve o Tribunal restituir os autos ao juiz, para que profira uma nova sentença, ou fixar o valor? A segunda

opção certamente atende melhor ao princípio da razoável duração do processo.

d) Art. 516: “Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas”.

Não se pode confundir a situação prevista nesse dispositivo com aquela prevista no § 1º do art. 515. Exemplos: o requerimento de produção de provas e a impugnação ao valor da causa não apreciados pelo juiz que sentenciou.

e) Art. 517: “As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Exemplo: sucessor alega o pagamento realizado pelo sucedido, não alegado anteriormente porque não tinha conhecimento do fato.

f) Art. 462: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

O dispositivo permite que o órgão julgador conheça de fato superveniente, ou de conhecimento superveniente, como, por exemplo, o pagamento feito *a posteriori* ou a absolvição por negativa de autoria ou por inexistência material do fato para a improcedência do pedido na ação civil *ex delicto*.

A regra, inicialmente destinada à primeira instância, aplica-se na verdade a todas as instâncias, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

g) § 3º do art. 267 e § 4º do art. 301, respectivamente: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”; e “Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo”.

Tais dispositivos consagram o chamado *efeito translativo*, permitindo que matérias de ordem pública, como a falta de uma condição da ação ou de um pressuposto processual, sejam apreciadas, inclusive de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Por exemplo: o Tribunal pode, de ofício, declarar a ilegitimidade para a causa do autor no julgamento da apelação.

São também de ordem pública a prescrição e a decadência legal, nos exatos limites do CPC e do CC: § 5º do art. 219 do CPC (“O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”); e art. 210 do CC (“deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei”).

Por outro lado, há muitas dúvidas na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicação do § 3º do art. 267 e do § 4º do art. 301 do CPC ao recurso especial e ao recurso extraordinário: a maioria não admite a aplicação, porque entende que faltaria o requisito constitucional do prequestionamento (a matéria controvertida deve ser decidida previamente pelo Tribunal *a quo*), mas uma parcela minoritária admite, desde que haja prequestionamento sobre outra matéria qualquer, ou seja, não precisa ocorrer o prequestionamento especificamente sobre a matéria de ordem pública, mas o requisito deve ser preenchido.

Não vemos qualquer motivo para que sejam excluídos quaisquer recursos da incidência do § 3º do art. 267 do CPC. Isso porque não vislumbramos diferença entre a apelação e qualquer outro recurso, no que diz respeito à translação das questões de ordem pública. Estas podem ser apreciadas pelo tribunal, desde que o recurso seja conhecido, preenchendo todos os requisitos para sua admissibilidade.

Entendimento diverso gera grave distorção, pois, não sendo possível a análise sobre a ausência de uma condição da ação ou de um pressuposto processual em sede recursal extraordinária, a parte terá que aguardar o trânsito em julgado para promover uma ação rescisória, alegando violação literal ao disposto no inciso VI do art. 267 do CPC.

Ora, sabendo-se que o tribunal poderá apreciar a matéria numa ação rescisória, por que não precipitar uma decisão do próprio tribunal, em atenção ao princípio da economia processual, evitando-se, dessa maneira, o prosseguimento de uma dispendiosa e inútil atividade estatal?

O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a aplicação do disposto no art. 131 do CPC aos recursos, para permitir que o Tribunal determine produção de prova que não foi feita em primeira instância (no caso, exame de DNA). Trata-se de clara exceção à proibição de inovar.

### **3.2 Efeito suspensivo**

O efeito suspensivo é a qualidade que impede a produção dos efeitos da decisão recorrida e, como regra, está presente na apelação. Por outras palavras:

no silêncio da lei, a apelação será recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo (mais precisamente: com efeito suspensivo).

O art. 520 do CPC prevê situações nas quais a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo (mais precisamente: sem efeito suspensivo), a saber: sentença que homologa a divisão ou a demarcação; sentença que condena à prestação de alimentos; sentença que decide o processo cautelar; sentença que rejeita liminarmente ou julga improcedentes os embargos à execução; sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; e sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela.

Além das hipóteses previstas nos incisos do art. 520, existem outros casos de apelação recebida apenas no efeito devolutivo. Por exemplo: sentença que decreta a interdição; sentença que concede a segurança; sentença que concede *habeas data*; e sentença que decreta o despejo.

Ausente o efeito suspensivo *legal*, o apelante poderá requerer o efeito suspensivo *judicial*, desde que presentes os requisitos do *fumus boni juris* (“sendo relevante a fundamentação”) e do *periculum in mora* (risco de “lesão grave e de difícil reparação”), conforme o disposto no parágrafo único do art. 558.

O parágrafo único do art. 558 do CPC deve ser aplicado a todas as apelações recebidas apenas no efeito devolutivo, e não apenas àquelas referidas no art. 520 do CPC.

Importante notar que a apelação pode ser recebida no duplo efeito quanto a um dos capítulos da sentença e apenas no efeito devolutivo quanto a um dos capítulos da sentença. Por exemplo: o autor formula dois pedidos (x e y) e o juiz antecipa a tutela com relação a um deles (x), confirmando a antecipação na sentença, que julga os dois pedidos (x e y) procedentes; a apelação interposta pelo réu será recebida apenas no efeito devolutivo quanto ao capítulo da sentença que confirmou a tutela antecipada (x), e no duplo efeito (devolutivo e suspensivo) quanto ao outro capítulo da sentença (y).

Existe, ainda, uma questão prática importante: o pedido de efeito suspensivo deve ser dirigido a quem?

O *caput* do art. 558 permite que o agravante requeira o efeito suspensivo ao relator do recurso e o parágrafo único desse mesmo artigo estende esse direito ao apelante.

Ocorre que o recurso de apelação é dirigido ao juiz que proferiu a sentença, para que este faça um juízo de admissibilidade, ao contrário do agravo

de instrumento, que é endereçado diretamente ao Tribunal.

São três as posições a respeito desse assunto:

- a) O efeito suspensivo deve ser requerido ao juiz e, caso esse indefira o pedido, caberá agravo de instrumento (parágrafo único do art. 558 do CPC).
- b) O pedido de efeito suspensivo deve ser dirigido ao tribunal, por meio de petição autônoma, com cópias de peças dos autos, principalmente da petição da apelação (parágrafo único do art. 558 do CPC).
- c) O pedido de efeito suspensivo deve ser dirigido ao tribunal, sob a forma de medida cautelar, com cópias de peças dos autos, principalmente da petição de apelação (parágrafo único do art. 558 e parágrafo único do art. 800 do CPC).

### ***3.2.1 Tutela antecipada concedida no interior da sentença***

Alguns juízes antecipam a tutela na própria sentença, para que a apelação seja recebida apenas no efeito devolutivo.

Na verdade, o inciso VII do art. 520 do CPC estabelece que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo (sem efeito suspensivo) quando a sentença “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

A regra faz todo o sentido, porque seria um absurdo admitir a execução imediata da decisão que concede a tutela antecipada, mas não admitir a execução imediata da sentença que confirma essa mesma tutela antecipada.

Ocorre que o dispositivo não autoriza expressamente a antecipação da tutela dentro da sentença. Trata-se de uma interpretação extensiva, amplamente aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer tempo.

Mas qual é o recurso cabível contra a concessão da tutela antecipada no interior da sentença?

Diversas posições existem a respeito do assunto, tais como:

- a) Apelação com pedido de efeito suspensivo dirigido ao juiz – se este for indeferido, deve ser interposto o agravo de instrumento.
- b) Apelação com pedido autônomo de efeito suspensivo dirigido ao tribunal.
- c) Apelação com pedido de efeito suspensivo deduzido por meio de medida cautelar endereçada ao tribunal.

d) Apelação contra a decisão da sentença e agravo de instrumento contra a decisão da tutela antecipada – formalmente existe apenas uma sentença, mas substancialmente o juiz prolatou uma sentença e uma decisão interlocutória (a respeito da tutela antecipada).

O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a interposição simultânea da apelação e do agravo de instrumento, porque entende que tal atitude viola o princípio da singularidade recursal.

#### **4. Procedimento**

A apelação será interposta no prazo de quinze dias, por meio de petição dirigida ao juiz da causa.

O juiz realizará o juízo de admissibilidade da apelação e, sendo este positivo, declarará os efeitos em que a recebe e mandará dar vista ao apelado para a apresentação de contrarrazões (resposta ao recurso) no prazo de quinze dias.

Apresentada a resposta, o juiz poderá refazer o juízo de admissibilidade da apelação. O Código diz que “é facultado ao juiz, em cinco (5) dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso” (§ 2º do art. 518). De qualquer forma, ainda que não existisse previsão legal, o juízo de admissibilidade poderia ser realizado novamente, porque, salvo exceção legal, os pressupostos recursais são matéria de ordem pública.

Sendo positivo o juízo de admissibilidade, os autos serão remetidos ao Tribunal, para a realização de novo juízo de admissibilidade e, na sequência, do juízo de mérito.

Contra a decisão do juiz, que admitiu o recurso de apelação e enviou os autos ao Tribunal, não é possível interpor recurso.

No entanto, sendo negativo o juízo de admissibilidade, o apelante poderá interpor agravo de instrumento.

No tribunal os autos serão distribuídos e encaminhados ao relator, que pode julgar a apelação monocraticamente nas situações descritas no art. 557 do CPC.

Não havendo julgamento monocrático, o relator, depois de estudar os autos, restitui-los-á à secretaria com o seu visto.

Cabe ao relator fazer uma exposição dos pontos controvertidos do

recurso.

Depois os autos serão encaminhados ao revisor – exceto nas causas de procedimento sumário, nas de despejo e nos casos de indeferimento liminar da petição inicial –, que também aporá o seu visto, pedindo dia para julgamento.

Na sessão de julgamento, os advogados do apelante e do apelado poderão fazer sustentação oral – sucessivamente, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada – após a exposição da causa feita pelo relator.

Na sequência o relator proferirá o seu voto e depois serão tomados os votos do segundo e do terceiro julgadores, sendo proclamado o resultado.

Se o juiz indeferir a petição inicial, o procedimento apresentará duas diferenças (art. 296):

- a) Interposta a apelação, o juiz poderá se retratar no prazo de quarenta e oito horas (trata-se de um prazo impróprio, razão pela qual o seu descumprimento não acarreta qualquer consequência processual).
- b) Não havendo retratação, a apelação subirá sem que o réu seja ouvido (não existirão contrarrazões).

Por outro lado, se o juiz julgar o pedido antes da citação do réu (improcedência *prima facie* ou julgamento *antecipadíssimo* da lide), o procedimento também apresentará duas diferenças (parágrafos do art. 285-A):

- a) Interposta a apelação, o juiz poderá se retratar no prazo de cinco dias (trata-se de prazo impróprio).
- b) Não havendo retratação, o réu será citado para apresentar contrarrazões.

## 5. Súmula impeditiva de recurso

Dispõe o § 1º do art. 518 do CPC que o juiz não deve receber o recurso de apelação quando a sentença proferida estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se da súmula impeditiva de recurso, que não se confunde com a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CF e na Lei n. 11.416/2006, porque o juiz não estará obrigado a adotá-la.

Há, porém, situações que devem permitir a admissão do recurso de apelação, como, por exemplo, as seguintes: a) a súmula foi cancelada e o juiz não percebeu; b) a súmula não se aplica à hipótese; c) a súmula diz respeito a um dos capítulos da sentença, mas não alcança a sua totalidade.

Apesar de prevista apenas para o recurso de apelação, a súmula impeditiva pode ser aplicada a outros recursos, especialmente aos recursos previstos para os próprios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Contra a decisão – proferida pelo juiz – de inadmissibilidade da apelação em razão da súmula impeditiva de recurso, a parte pode se insurgir por meio de agravo de instrumento.

Mas o contrário não é verdadeiro: a decisão que recebe a apelação não comporta recurso, mesmo que o juiz tenha sentenciado em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

## **6. Saneamento de nulidades no âmbito recursal**

O saneamento de nulidades no âmbito recursal está previsto no § 4º do art. 515 do CPC, que assim dispõe: “Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Trata-se, em verdade, de uma reafirmação da regra contida no parágrafo único do art. 560 do CPC: “Versando a preliminar sobre nulidade supável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício”.

Mas o que se deve entender por nulidade sanável?

Nulidade sanável é aquela que diz respeito ao juízo de admissibilidade do processo ou ao juízo de admissibilidade do recurso, cuja correção se mostre minimamente viável (por exemplo: falta de instrumento de mandato; ou falta de assinatura do advogado).

Um dos autores desse livro (Rodrigo da Cunha Lima Freire) já publicou artigo, defendendo a aplicação do disposto no § 4º do art. 515 do CPC a ausência de preparo.

O § 4º do art. 515 do CPC tem como fundamento maior o princípio da efetividade (ou o Direito fundamental à jurisdição efetiva), enviando o seguinte recado a todos os aplicadores do Direito: cumpre ao magistrado sanar vícios processuais não apenas em primeiro grau, mas também em grau de recurso – até porque este, como já se viu, é um prolongamento do direito de ação.

Por isso mesmo, a aplicação do disposto no § 4º do art. 515 do CPC é um

direito subjetivo da parte, e não uma mera faculdade do magistrado, da mesma maneira que a emenda da petição inicial, prevista no art. 284 do CPC, é um direito subjetivo do autor, e não uma mera faculdade do juiz, como acertadamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

Também é importante consignar que o § 4º do art. 515 do CPC é dirigido não apenas ao colegiado do órgão *ad quem*, mas também ao relator do recurso e ao órgão *a quo*, quando este possui competência para realizar juízo de admissibilidade provisório, como ocorre na apelação.

Outro aspecto relevante é que, apesar de sua localização no Código, o § 4º do art. 515 do CPC é perfeitamente aplicável a todos os recursos, vale dizer, ao agravo, aos embargos de declaração, aos embargos infringentes, ao recurso ordinário, ao recurso especial, ao recurso extraordinário e aos embargos de divergência, além dos recursos previstos na legislação extravagante.

Se o *caput* do art. 515 do CPC contém regra (efeito devolutivo) aplicável a todos os recursos, porque as regras contidas nos parágrafos do art. 515 do CPC seriam aplicáveis exclusivamente ao recurso de apelação?

Adotando posição contrária ao que pensamos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a norma inserta no § 4º do art. 515 do CPC não se aplica às instâncias extraordinárias (ED no REsp 932.702-AgRg).



### 1. Cabimento

O agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias, ou seja, contra as decisões que decidem questões incidentes (por exemplo: a decisão da impugnação ao valor da causa).

Como vimos anteriormente, alguns também admitem o cabimento do agravo contra sentença, desde que não ocorra a extinção do procedimento (por exemplo: decisão que exclui o litisconsorte do processo por ilegitimidade e decisão que indefere a petição inicial da reconvenção).

Por outro lado, alguns autores consideram que a decisão da liquidação de sentença e a decisão da impugnação ao cumprimento de sentença possuem natureza de sentença, mas desafiam agravo de instrumento (no caso da decisão da impugnação ao cumprimento de sentença, o agravo de instrumento será cabível apenas quando não houver extinção da execução), por expressa disposição legal (respectivamente, art. 465-H e § 3º do art. 475-M do CPC).

### 2. Espécies

Há, fundamentalmente, quatro espécies de agravo:

- a) *Agravo interno*: também conhecido como agravo regimental (alguns o chamam de agravo regimental, quando previsto no regimento, e de agravo legal, quando previsto especificamente em lei para determinada situação), agravo inominado e agravinho: cabível contra as decisões monocráticas praticadas pelos integrantes de Tribunais (por exemplo: decisão de inadmissibilidade ou de mérito do recurso, proferida pelo relator – art. 557 do CPC); normalmente possui o prazo de cinco dias.
- b) *Agravo nos autos do recurso especial ou do recurso extraordinário*: também conhecido como agravo do art. 544 do CPC, agravo de despacho denegatório, agravo nos próprios autos, agravo em recurso especial (no Superior Tribunal de Justiça) ou recurso extraordinário com agravo (no

Supremo Tribunal Federal): cabível contra a decisão do Presidente ou do Vice-Presidente do Tribunal *a quo* que nega seguimento ao recurso especial ou ao recurso extraordinário.

- c) *Agravo retido*: cabível contra decisões interlocutórias de primeira instância – interposto nos próprios autos perante o juiz que proferiu a decisão, seu exame pelo tribunal ocorre em momento posterior, preliminarmente à apelação.
- d) *Agravo de instrumento*: cabível contra decisões interlocutórias de primeira instância – forma novos autos e é interposto perante o tribunal para a apreciação imediata deste.

A grande questão é saber quando a parte deve interpor o agravo retido ou o agravo de instrumento.

Segundo o Código, o agravo deve ser sempre retido, exceto contra:

- a) A decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (quando houver urgência ou *periculum in mora*).
- b) A decisão de inadmissibilidade da apelação (o juiz nega seguimento a apelação).
- c) A decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida (o juiz declara que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo ou nos efeitos devolutivo e suspensivo – duplo efeito).
- d) A decisão da liquidação da sentença (art. 475-H do CPC).
- e) A decisão da impugnação ao cumprimento da sentença, quando não houver extinção da execução (art. 475-M, § 3º, do CPC).

Ademais, a decisão interlocutória proferida na audiência de instrução e julgamento estará sujeita apenas a agravo retido, oral e imediato, exceto se houver urgência – nesse caso o agravo será de instrumento, interposto na forma tradicional (por escrito e em dez dias).

A regra não se aplica às decisões proferidas em audiência preliminar ou de tentativa de conciliação.

Alguns entendem que a imediatidade significa a interposição do recurso logo após a decisão, sob pena de preclusão, semelhante ao que ocorre com o oferecimento da contradita após a qualificação da testemunha.

Para outros, a imediatidade significa que o agravo retido deve ser interposto até o final da audiência.

Quando interposto o agravo de instrumento de forma equivocada – o caso seria de agravo retido –, o relator o converterá em agravo retido.

É possível reconverter o agravo retido em agravo de instrumento? O Código não prevê exatamente essa hipótese, mas é possível pensar na seguinte situação: a parte interpõe agravo de instrumento contra decisão pela qual o juiz indeferiu o pedido de produção de prova pericial; o relator, entendendo que não existe urgência, converte o agravo de instrumento em agravo retido; acontece que o prédio sobre o qual seria feita a perícia agora está prestes a desabar e o agravante necessita de uma produção antecipada da prova; devido a superveniência da urgência, o agravante poderia requerer ao relator a conversão do agravo retido em agravo de instrumento (reconversão), sob a forma de pedido de retratação.

Muitos, porém, não admitem a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, quando interposto contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, porque seria uma burla à regra de que o mesmo deve ser interposto oral e imediatamente. Assim, o agravo de instrumento seria indeferido pelo relator.

Em outra oportunidade, um dos autores desse livro (Rodrigo da Cunha Lima Freire) assim se posicionou:

“Entre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento existe um elemento comum: em todas elas falta interesse recursal para a admissão do agravo retido.

De fato, havendo *periculum in mora* (por exemplo, concessão ou indeferimento de pedido de tutela antecipada), qual seria a utilidade de um agravo que não permitisse o requerimento de efeito suspensivo ou de efeito ativo (antecipação dos efeitos da tutela recursal)? E de que adiantaria, em tal situação, esperar que o agravo fosse julgado somente quando do julgamento da apelação?

Por outro lado, se o juiz negasse seguimento à apelação (por exemplo, por ausência de preparo), como poderia o agravo retido proporcionar a subida da apelação, se o julgamento dele é preliminar em relação à própria apelação? Que utilidade teria o agravo retido em tal hipótese?

Igualmente se pode dizer do agravo retido interposto contra uma decisão a respeito dos efeitos da apelação (por exemplo, declarando que a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo ou, por outras palavras, sem o efeito suspensivo). Que utilidade teria esse agravo

julgado preliminarmente em relação à apelação?

Também inútil seria o agravo retido contra a decisão da liquidação de sentença, porque esse recurso poderia nunca subir para que fosse apreciado pelo Tribunal, tendo em vista a *ordinária* ausência de sentença e, portanto, de apelação, no procedimento da liquidação de sentença (art. 475-H do CPC), além da *ordinária* ausência do interesse em recorrer da sentença proferida no procedimento executivo (art. 795 do CPC).

E o mesmo se poderia dizer em relação ao agravo retido interposto contra a decisão que julgou a impugnação à execução, porque normalmente não existe interesse em recorrer da sentença proferida na execução (art. 795 do CPC), o que impediria a subida do agravo para a sua apreciação pelo Tribunal.

Dada a objetividade empregada pela Lei, nenhuma dúvida parece existir a respeito do agravo interposto contra as decisões sobre a inadmissibilidade da apelação, os efeitos em que o juiz recebe a apelação, a decisão da liquidação de sentença e a impugnação à execução de título judicial.

Todavia, não se pode dizer o mesmo quanto à hipótese do *periculum in mora*.

Segundo a Lei o agravo será de instrumento quando interposto contra ‘decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’.

Mas quais são as decisões interlocutórias que se encaixam *como um lego* – diria Teresa Arruda Alvim Wambier – nesse perfil?

É inegável que acarretam *periculum in mora* e, por isso, desafiam agravo de instrumento todas as decisões concessivas ou denegatórias de pedidos ou de requerimentos de medidas jurisdicionais de execução ou de efetivação imediata, como as chamadas tutelas de urgência, sumárias ou interinais (por exemplo, liminares de qualquer natureza, alimentos provisórios, prisão civil, bloqueio de ativos financeiros e quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico).

E o mesmo se diga quanto à decisão pela qual o juiz indeferiu de plano o pedido de justiça gratuita formulado pelo autor, pois se não houver a concessão de efeito ativo em agravo de instrumento, restarão duas alternativas: o autor não recolherá as custas e o processo será extinto sem a resolução do mérito; ou o autor recolherá as custas, concluindo-se, então, que não faz jus ao benefício.

Mas impossível é definir previamente todas as decisões interlocutórias

suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação. Essa verificação é um trabalho que os relatores dos agravos de instrumento realizarão caso a caso, interpretando conceitos propositadamente vagos.

De qualquer sorte, PARA FAZER UMA INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA E SISTEMÁTICA DO *PERICULUM IN MORA*, os relatores dos agravos de instrumento deverão levar em consideração: A) OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM TODO O SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL, ESPECIALMENTE O DA EFETIVIDADE, PREVISTO NO INCISO XXXV NO ART. 5º DA CF; E B) A FALTA DO INTERESSE EM INTERPOR O AGRAVO RETIDO, ELEMENTO PRESENTE EM TODAS AS HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Um exemplo: se o juiz indeferir a produção de uma prova que pode ser produzida posteriormente, não haverá, ao menos sob o aspecto material, lesão de difícil reparação, porque, provido o agravo retido: a) haverá, como consequência natural, a rescisão da sentença já proferida; b) a prova será produzida em primeira instância; e c) o juiz proferirá nova sentença. Mas e o tempo que se perderá com todo esse procedimento? Admitido o agravo de instrumento, provavelmente a sua apreciação se dará antes de o juiz proferir a sentença, evitando que duas sentenças sejam proferidas e que duas apelações sejam interpostas.

Mais um exemplo: se o juiz rejeitar a exceção de incompetência e o excipiente interpuser agravo retido, provido o agravo, todos os decisórios serão anulados, reparando-se o prejuízo para o réu. Mas quanto tempo se perderá dessa forma? Não seria mais razoável admitir o agravo de instrumento, que provavelmente seria julgado antes de o juiz proferir decisões no processo?

Um exemplo mais: todas as decisões interlocutórias proferidas nas execuções de título judicial ou de título extrajudicial desafiam agravos de instrumento, porque, na quase totalidade das vezes, os agravos retidos ficariam impedidos de subir ao Tribunal devido a frequente ausência do interesse em apelar contra a sentença proferida na execução (art. 795 do CPC). Essa, aliás, é a razão pela qual não ficam retidos o recurso especial e o recurso extraordinário contra decisões de agravos interpostos em processos de execução (§ 3º do art. 542 do CPC).

Mencionemos outros exemplos: a decisão (híbrido de decisão interlocutória e sentença) pela qual o juiz indefere a petição inicial da

reconvenção, da ação declaratória incidental ou da denunciação da lide, pois o objetivo da parte é exatamente o julgamento simultâneo da ação principal e da reconvenção, da ação principal e da ação declaratória incidental ou da ação principal e da denunciação da lide.

Em situações como essas é preciso fazer o mesmo raciocínio do Superior Tribunal de Justiça para desbloquear da retenção o recurso especial interposto contra decisão de agravo (§ 3º do art. 542 do CPC): faltará interesse ao recurso especial na forma retida quando a decisão do agravo puder ocasionar, processual ou materialmente, dano irreparável ou de difícil reparação.”

### **3. Agravo retido**

O agravo retido deve ser interposto para que a matéria seja apreciada preliminarmente à apelação. Sua finalidade, portanto, é evitar a preclusão sobre a matéria impugnada.

Exceto quando se tratar de decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, o agravo retido será interposto por escrito, no prazo de dez dias, perante o órgão *a quo*.

Trata-se de um recurso praticamente sem custo, porque não exige preparo, nem cópias de peças, já que é interposto nos próprios autos.

A petição do agravo retido deverá conter as razões e o pedido, além de um requerimento para que o Tribunal o conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

Após a interposição do recurso, o juiz ouvirá o agravado no prazo de dez dias e poderá se retratar. Caso não se retrate, o recurso será julgado pelo Tribunal antes da apelação, desde que o agravante o reitere nas razões – se ele for o apelante – ou nas contrarrazões – se ele for o apelado – de apelação.

Se for interposto agravo retido, a parte, arrependida, não poderá interpor agravo de instrumento, mesmo que dentro do prazo de dez dias, porque haverá preclusão consumativa.

Mas, como se viu, o agravo de instrumento pode ser convertido em agravo retido pelo relator.

### **4. Agravo de instrumento**

O agravo de instrumento será interposto por escrito, no prazo de dez dias, perante o órgão *ad quem*.

Trata-se de um recurso sujeito a preparo, que exige a formação de novos autos, com cópias de diversos documentos.

#### **4.1 Requisitos do agravo de instrumento**

A petição do agravo de instrumento deve conter: a) exposição do fato e do direito (um histórico do processo); b) razões e pedido; c) nomes e endereços dos advogados (para intimação).

Ademais, como o recurso não é interposto nos próprios autos, a petição do agravo de instrumento será acompanhada das seguintes peças processuais:

- a) *obrigatórias*: cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação – para o Tribunal aferir a tempestividade – e das procurações outorgadas aos advogados;
- b) *necessárias*: cópias de peças indispensáveis à compreensão da controvérsia – por exemplo: contra decisão que indefere tutela antecipada, a cópia da petição inicial se faz indispensável para a compreensão da controvérsia; e
- c) *facultativas*: quaisquer outras peças que o agravante deseje juntar.

Não há necessidade de autenticar as peças, porque cabe ao agravado alegar a falta de autenticidade. De qualquer forma, as peças podem ser declaradas autênticas pelo próprio advogado.

De outro lado, prevalece o entendimento de que o agravo de instrumento não será admitido se faltar qualquer peça obrigatória ou necessária, ou seja, não se pode conceder ao agravante prazo para o saneamento da nulidade, pois cabe a ele a formação do instrumento.

É razoável, porém, estender o disposto no § 4º do art. 515 do CPC ao agravo de instrumento, para permitir a correção da nulidade sanável, concedendo prazo ao agravante para a juntada da peça obrigatória ou necessária faltante.

#### **4.2 Comunicação ao juiz da interposição do recurso (art. 526 do CPC)**

Como o agravo de instrumento é interposto perante o Tribunal, o agravante comunicará a interposição ao juízo de primeiro grau, requerendo a

juntada aos autos de cópia da petição do recurso e do comprovante de sua interposição, bem como da relação dos documentos que o instruíram (peças obrigatórias, necessárias e facultativas).

A comunicação ao juiz da interposição do agravo de instrumento tem, entre outras finalidades, a de permitir a realização de um juízo de retratação.

Se o agravante não fizer a comunicação, o recurso não será conhecido, desde que o agravado o alegue e prove, conforme dispõe o parágrafo único do art. 526 do CPC.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o Tribunal não pode agir de ofício para inadmitir o agravo de instrumento por violação ao disposto no *caput* do art. 526 do CPC (comunicação ao juiz da interposição do agravo de instrumento).

É também razoável entender que o agravado terá o prazo das contrarrazões para alegar e provar que o disposto no *caput* do art. 526 do CPC não foi cumprido pelo agravante.

#### **4.3 Efeitos**

O agravo de instrumento possui apenas o efeito devolutivo, mas o agravante poderá requerer ao relator o efeito suspensivo (arts. 527, III, e 558, *caput*, do CPC) ou o efeito ativo, também conhecido como antecipação da tutela recursal (art. 527, III, do CPC).

Quando o agravo se insurge contra uma providência ativa concedida pelo juiz (por exemplo, o juiz concedeu uma liminar), o agravante deverá requerer o efeito suspensivo (para suspender os efeitos da providência ativa até o julgamento do agravo), cujos requisitos são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Por outro lado, quando o agravo se insurge contra a denegação de um pedido de uma providência ativa (o juiz indeferiu um pedido de liminar), o agravante deverá requerer ao relator o efeito ativo ou a antecipação da tutela recursal (se conceder o efeito, o relator estará antecipando os efeitos da decisão do próprio agravo de instrumento).

#### **4.4 Providências do relator**

O relator negará seguimento ao agravo de instrumento manifestamente inadmissível (carente de pressuposto recursal), inclusive quando manifestamente

prejudicado (carente de interesse recursal). De outro lado, o relator negará provimento ao agravo de instrumento manifestamente improcedente (carente de razão meritória, vale dizer, de *error in procedendo* e de *error in judicando*) em manifesta afronta a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (*caput* do art. 557). E, por fim, o relator dará provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em manifesta afronta a súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal (§ 1º-A do art. 557).

Ademais, o relator: converterá o agravo de instrumento em agravo retido, quando não se tratar de qualquer das hipóteses de agravo de instrumento; poderá atribuir efeito suspensivo ou efeito ativo ao agravo de instrumento; poderá requisitar informações ao juiz da causa; intimará o agravado para, no prazo de dez dias, oferecer contrarrazões; e ouvirá o Ministério Público, se houver interesse público que justifique tal providência.

Vale ressaltar que o Código não admite a interposição do agravo interno ou regimental contra a decisão pela qual o relator converte o agravo de instrumento em agravo retido, nem contra a decisão do relator a respeito do efeito suspensivo ou do efeito ativo no agravo de instrumento.

Contra tais decisões do relator, poderá a parte fazer um pedido de retratação – de pouca eficácia prática – ou impetrar mandado de segurança no mesmo Tribunal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.



### Embargos de Declaração

#### 1. Cabimento

Segundo o Código, os embargos de declaração são cabíveis quando a sentença ou o acórdão apresentar ponto obscuro, omissos ou contraditórios.

Portanto, caberá ao embargante interpor o recurso no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz ou ao relator, com a indicação do ponto obscuro, omissos ou contraditórios.

O Superior Tribunal de Justiça e boa parcela da doutrina entendem que as decisões interlocutórias também se sujeitam ao recurso de embargos de declaração.

Há, também, os que aceitam o cabimento de embargos de declaração para o aperfeiçoamento dos despachos.

Já quanto às decisões monocráticas dos integrantes de Tribunais, existem decisões que admitem o cabimento dos embargos de declaração sem qualquer ressalva, enquanto outras aplicam o princípio da fungibilidade para receber os embargos de declaração como agravo interno ou regimental.

Pensamos que qualquer pronunciamento jurisdicional se sujeita aos embargos de declaração, desde que obscuro, omissos ou contraditórios.

Pode-se afirmar que os embargos de declaração são um recurso de fundamentação vinculada, porque os erros que podem ser alegados pelo embargante, para o cabimento do recurso, são típicos.

A omissão significa a ausência de resolução de alguma questão, vale dizer, de um pedido ou de uma alegação relevante.

Por outro lado, a obscuridade significa que o pronunciamento jurisdicional é incompreensível, carecendo de clareza.

E a contradição significa que o pronunciamento possui proposições inconciliáveis (por exemplo: a fundamentação e o dispositivo da sentença apresentam diferentes resultados).

Além dessas situações, a jurisprudência tem admitido o cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material (por exemplo: um erro de digitação ou um erro de cálculo) e de equívoco manifesto (por exemplo: o Tribunal julgou o recurso deserto porque supôs, equivocadamente, que não existia o comprovante do preparo nos autos; ou o Tribunal julgou o mérito do recurso adesivo, mesmo não tendo admitido o recurso principal).

O erro material pode ser corrigido de ofício, independentemente da interposição de embargos de declaração, como se pode perceber da leitura do art. 463 do CPC.

Vale ressaltar que os chamados embargos de declaração prequestionadores (Súmulas 98 e 211 do STJ e 356 do STF) objetivam suprir a omissão do órgão *a quo* quanto à matéria federal ou constitucional controvertida, alegada pela parte ou cognoscível de ofício.

Explica-se: o prequestionamento é requisito para o cabimento do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, consistindo basicamente no enfrentamento prévio da matéria federal ou constitucional controvertida pelo tribunal *a quo*. Se a matéria não foi decidida pelo tribunal *a quo*, a parte deve embargar de declaração para que ocorra prequestionamento, pois o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não decidirão matérias que não foram apreciadas anteriormente. Assim, os embargos de declaração cumprem a função de integrar a decisão judicial, possibilitando o prequestionamento.

Mais adiante estudaremos o prequestionamento e abordaremos a exata função dos embargos de declaração prequestionadores.

Embora a matéria não seja pacífica, existem julgados admitindo o uso dos embargos de declaração para conformar a decisão embargada à jurisprudência. Por exemplo: o Tribunal profere um acórdão e, antes de publicá-lo, sobrevém a consolidação da jurisprudência em sentido contrário ao que foi decidido. Caberiam, então, embargos de declaração para ajustar a decisão embargada à jurisprudência consolidada.

## **2. Caráter infringente ou efeito modificativo**

Os embargos de declaração podem ter caráter infringente (modificar o conteúdo do julgado embargado)?

Nada impede que os embargos de declaração modifiquem o conteúdo

do aresto embargado como decorrência lógica e natural do provimento. Por exemplo: ao eliminar a contradição entre o dispositivo e a fundamentação, a decisão dos embargos de declaração altera o conteúdo da sentença embargada (a fundamentação ou o dispositivo); ou, para corrigir equívoco manifesto, o Tribunal, em embargos de declaração, retrata-se da decisão que aplicou a deserção, alterando por completo o conteúdo do acórdão.

Consagra o caráter infringente o texto do art. 897-A da CLT: “Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”.

Porém, a modificação do julgado não pode ser o objeto do recurso, vale dizer, os embargos de declaração não substituem outros recursos, como a apelação, os embargos infringentes, o recurso especial e o recurso extraordinário.

Vale observar que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o julgador deve ouvir a parte contrária nos embargos de declaração com caráter infringente, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

### **3. Interrupção do prazo**

Quando a decisão dos embargos de declaração modifica o conteúdo da decisão embargada, diz-se que os mesmos possuem caráter infringente.

No sistema do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para quaisquer outros recursos, do embargante, do embargado ou de terceiro.

Já nos juizados especiais, os embargos de declaração interpostos contra a sentença suspendem o prazo para a interposição do recurso inominado (art. 50 da Lei n. 9.099/95). E os embargos de declaração interpostos contra a decisão da turma recursal interrompem o prazo do recurso extraordinário (não existe norma disciplinando o assunto, mas o Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito).

Anteriormente a regra prevista no CPC era a de que os embargos de declaração suspendiam o prazo para a interposição de qualquer outro recurso. O Código foi alterado pela Lei n. 8.950/94, que substituiu a regra da suspensão pela

regra da interrupção.

Por outro lado, predomina o entendimento de que os embargos de declaração *inadmissíveis* interrompem o prazo para outros recursos (ou suspendem o prazo do recurso inominado, nos juizados especiais), exceto se forem *intempestivos*.

Há, porém, quem defenda que os embargos de declaração *manifestamente inadmissíveis* (não apenas intempestivos) não interrompem o prazo para outros recursos.

E há também aqueles que sustentam o seguinte: os embargos de declaração *manifestamente protelatórios* não interrompem o prazo para outros recursos.

#### **4. Princípio da complementaridade**

De acordo como o chamado princípio da complementaridade – manifestação do princípio do contraditório –, a parte poderá complementar as razões do recurso já interposto (por exemplo, apelação) se a decisão embargada (por exemplo, sentença) for modificada pelo julgamento dos embargos.

Não se trata de interpor um novo recurso, mas de aditá-lo para impugnar aquilo que se modificou.

#### **5. Ratificação do recurso após o julgamento dos embargos de declaração**

O Superior Tribunal de Justiça consolidou, na Súmula 418, o entendimento de que o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração terá que ser ratificado, mesmo que a decisão embargada não seja modificada.

Com a devida *venia* do Superior Tribunal de Justiça, a Súmula 418 consagra uma posição inaceitável. Se, por exemplo, for interposto recurso especial pelo autor e o réu opuser embargos de declaração, mas estes forem inadmitidos, por que o autor terá que ratificar o recurso especial? Trata-se de uma formalidade desnecessária.

Pior ainda se essa posição for estendida a outros recursos, como já se decidiu.

## **6. Embargos protelatórios e multa**

Segundo o parágrafo único do art. 538 do CPC, “Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento do valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento (10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

Não são tidos como protelatórios os embargos de declaração prequestionadores, conforme o entendimento sedimentado pela Súmula 98 do STJ.

## **7. Efeitos**

Prevalece o entendimento de que os embargos de declaração serão recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo. Portanto, a decisão embargada não produzirá efeitos enquanto as partes não forem intimadas da decisão dos embargos.

Alguns autores (Barbosa Moreira e Dinamarco, por exemplo), todavia, entendem que os embargos de declaração não possuem efeito devolutivo porque são julgados pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada.

Ocorre que, no julgamento dos embargos de declaração, o julgador não pode reapreciar toda a matéria, devendo se ater ao objeto do recurso. Assim, respeitando quem pensa o contrário, entendemos que os embargos de declaração são dotados de efeito devolutivo.

Outros autores (Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo) defendem que os embargos de declaração devem apresentar os mesmos efeitos do outro recurso previsto contra a decisão embargada. Por exemplo: se a apelação for dotada de efeito suspensivo – ou dos efeitos devolutivo e suspensivo –, os embargos de declaração contra a sentença terão o efeito suspensivo; se a apelação não for dotada de efeito suspensivo – ou apenas do efeito devolutivo –, os embargos de declaração contra a sentença não terão efeito suspensivo.

Parece ser a melhor posição, embora não tenha a aceitação da maioria.

Há quem considere como efeito dos embargos de declaração a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão embargada (efeito interruptivo).

## 8. Procedimento

Os embargos de declaração serão interpostos no prazo de cinco dias, por meio de petição escrita, com a indicação do ponto obscuro, omissivo ou contraditório, ou ainda, com a indicação do erro material ou do equívoco manifesto.

Todavia, nos juizados especiais os embargos de declaração podem ser opostos oralmente.

Não haverá preparo. Também não haverá oitiva da parte contrária, exceto se os embargos tiverem caráter infringente. Nesse caso, o julgador, sob pena de violação ao contraditório, abrirá vista à parte contrária para que se manifeste sobre os embargos no prazo de cinco dias.

O juiz deverá julgar os embargos no prazo de cinco dias (prazo impróprio). No tribunal, o relator deverá colocar os embargos em mesa para julgamento na sessão subsequente, proferindo seu voto. Depois serão tomados os votos dos demais julgadores.

## 9. Embargos de declaração e proibição da *reformatio in pejus*

Como se sabe, uma das consequências do efeito devolutivo (decorrente do princípio dispositivo) nos recursos é justamente a proibição do agravamento da situação do recorrente.

Isso acontece porque o órgão *ad quem* deve se ater ao exame da matéria impugnada.

Não obstante a questão a respeito da existência de efeito devolutivo nos embargos de declaração, prevalece o entendimento de que nos embargos de declaração o órgão *ad quem* deve se ater ao objeto do recurso.

Acontece que os embargos de declaração podem ter caráter infringente – como decorrência lógica e natural do provimento.

Em razão disso, a doutrina costuma dizer que a decisão dos embargos, quando modificativa do aresto embargado, pode agravar a situação do embargante.

Não prevaleceria, assim, o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

## 10. Ausência de oposição dos embargos de declaração e julgamento da apelação

Uma questão interessante diz respeito à preclusão da omissão do julgado não impugnada pela via dos embargos de declaração.

A ausência dos embargos impediria a apreciação da matéria pelo Tribunal no julgamento da apelação?

Não há preclusão. A decisão omissa é nula, matéria que pode ser perfeitamente apreciada no julgamento da apelação.

Mas o Tribunal, julgando o recurso de apelação, pode apreciar o pedido que não foi decidido na sentença, ou esta deve ser anulada para que o juiz profira uma nova decisão?

Diversos autores se posicionam pela impossibilidade do julgamento do mérito *per saltum* quando o juiz se omite na sentença, pois entendem que haveria supressão de instância.

Acontece que essa posição é incoerente com a regra prevista no § 3º do art. 515 do CPC: se o Tribunal está autorizado a julgar todos os pedidos, quando o processo é extinto sem resolução do mérito (nenhum pedido foi julgado), por que o Tribunal não estaria autorizado a julgar apenas um pedido que não foi apreciado pelo juiz?

É preciso, portanto, interpretar o § 3º do art. 515 do CPC à luz da efetividade do processo e, sobretudo, da razoável duração do processo.



## Embargos Infringentes

### 1. Cabimento

Os embargos infringentes são cabíveis quando o acórdão não unânime: a) em apelação, reformar a sentença de mérito; b) em ação rescisória, julgar o pedido procedente.

Não caberão os embargos infringentes se na apelação o Tribunal confirmar a sentença de mérito ou na ação rescisória o Tribunal julgar o pedido improcedente ou extinguir o processo sem resolução do mérito.

O cabimento dos embargos infringentes foi substancialmente alterado pela Lei n. 10.352/2001. O legislador tomou em consideração a sentença proferida em primeira instância, pois, exemplificativamente, se o juiz julgar procedente o pedido do autor e, na apelação, a sentença for reformada, por maioria de votos, haverá um empate: a sentença e o voto vencido serão favoráveis ao autor, enquanto os votos vencedores serão contrários ao autor. Desta forma, caberão embargos infringentes. Mas, se o juiz julgar improcedente o pedido do autor e, na apelação, a sentença for confirmada, por maioria de votos, teremos a sentença e os dois votos vencedores contra o autor, que possuirá, em seu favor, apenas o voto vencido. Desta forma, não caberão embargos infringentes.

Levou ainda em consideração a coisa julgada, pois quem promove ação rescisória tem contra si a autoridade da *res judicata*. Julgada procedente a rescisória, haverá um empate e, portanto, caberão embargos infringentes. Julgada improcedente a rescisória ou extinto o processo sem o julgamento do mérito, terá o autor contra si a coisa julgada e o julgamento desfavorável na ação rescisória, não cabendo, portanto, embargos infringentes.

Caberão embargos infringentes contra decisão de agravo?

Como regra os embargos infringentes não serão admitidos contra decisão de agravo. Todavia, excepcionalmente, é possível admiti-los. Vejamos duas situações:

- a) Se o acórdão, proferido por maioria de votos, reformar uma decisão interlocutória quanto a matéria de mérito, como, por exemplo, a prescrição ou a decisão de mérito da impugnação ao cumprimento de sentença, caberão embargos infringentes (Súmula 255 do STJ: “Caberem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”; note-se que a súmula fala em “agravo retido”, mas o próprio Superior Tribunal de Justiça tem admitido a sua aplicação para o “agravo de instrumento”).
- b) Se o acórdão, proferido por maioria de votos, confirmar decisão monocrática proferida em apelação, que reformou uma sentença de mérito (§ 1º do art. 557), também caberão embargos infringentes.

É preciso verificar, contudo, o teor da decisão proferida, pois a decisão do colegiado, no agravo interno, deve ter por consequência, ainda que não imediata, a reforma de uma sentença de mérito. Se, exemplificativamente, o relator da apelação negou seguimento ao recurso, da decisão do agravo interno não será cabível o recurso de embargos infringentes.

Os embargos infringentes também serão admitidos contra decisão de recurso ordinário, quando o acórdão, proferido por maioria de votos, reformar sentença de mérito proferida numa causa em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país (alínea *b* do inciso II do art. 539 do CPC). Nesse caso, o recurso ordinário é uma apelação.

Também serão admitidos os embargos infringentes contra decisão de embargos de declaração, quando o acórdão, proferido por maioria de votos, se incorporar a decisão da apelação, reformando uma sentença de mérito, ou a decisão da rescisória, julgando o pedido procedente.

Há dúvidas quanto ao cabimento dos embargos infringentes contra o julgamento do mérito *per saltum* (§ 3º do art. 515 do CPC), ainda que a decisão de mérito seja proferida por maioria de votos, pois não há propriamente uma “reforma”, mas um “primeiro julgamento do mérito” realizado pelo Tribunal. De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu o cabimento dos embargos infringentes em tal situação, porque é importante que se tenha um “acórdão de mérito”, e não propriamente uma “sentença de mérito”.

De outro lado, depois de muita polêmica, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 390, consolidou o entendimento de que não cabem embargos infringentes contra acórdão proferido em reexame necessário que, por

maioria de votos, reforme uma sentença de mérito, pois o duplo grau de jurisdição obrigatório não tem natureza de apelação.

Ademais, os embargos infringentes não são admitidos em Mandado de Segurança. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – Súmulas 169 do STJ e 294 do STF –, hoje positivado no art. 25 da Lei n. 12.016/2009: “Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”.

Por fim, vale destacar que os embargos infringentes são admissíveis em processo falimentar (Súmula 88 do STJ), mas não são admissíveis no processo de reclamação (Súmula 368 do STF).

## **2. Procedimento**

Os embargos infringentes serão interpostos no prazo de quinze dias, por meio de petição escrita dirigida ao relator do acórdão embargado, que ouvirá o embargado em quinze dias (contrarrazões) e realizará o juízo de admissibilidade.

O relator poderá julgar os embargos infringentes de forma monocrática, em conformidade com o disposto no art. 531 do CPC (não parece razoável que o relator possa aplicar também o art. 557 do CPC aos embargos infringentes, razão pela qual se limitará ao juízo monocrático de admissibilidade, não podendo realizar um juízo monocrático de mérito). Dessa decisão, caberá agravo interno, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso.

Depois de admitidos os embargos infringentes, serão processados na forma regimental.

Vale a lembrança de que os embargos infringentes podem ser interpostos na forma adesiva, conforme prevê o inciso II do art. 500 do CPC.

## **3. Efeitos**

Como todo e qualquer recurso, os embargos infringentes possuem efeito devolutivo. Este, porém, é limitado ao objeto da divergência.

Se o embargante não tiver conhecimento da extensão da divergência, em razão da ausência do voto vencido nos autos, deverá se utilizar dos embargos de declaração para suprir a omissão e, após, interpor os embargos infringentes.

Mantida a omissão, após o julgamento dos embargos de declaração, considera-se que a divergência foi integral.

Vale destacar que o tribunal pode prover os embargos infringentes, mantendo a mesma conclusão do voto vencido, por outros fundamentos. Por outras palavras: o tribunal não está adstrito aos fundamentos do voto vencido.

No que se refere ao efeito suspensivo, pode-se dizer que os embargos infringentes serão recebidos no duplo efeito quando interpostos contra acórdão proferido em ação rescisória.

Há, porém, quem entenda que os embargos infringentes devem ser recebidos no duplo efeito apenas quando o relator concedeu efeito suspensivo à rescisória, por meio de tutela antecipada ou de tutela cautelar.

Já os embargos interpostos contra decisão proferida em apelação terão os mesmos efeitos da apelação: se a apelação foi recebida no duplo efeito, os embargos infringentes terão os efeitos devolutivo e suspensivo; se a apelação foi recebida apenas no efeito devolutivo, os embargos infringentes terão apenas o efeito devolutivo.



## Recurso Ordinário

### 1. Cabimento

O recurso ordinário constitucional é previsto para o Supremo Tribunal Federal (inciso II do art. 102 da CF e inciso I do art. 539 do CPC) e para o Superior Tribunal de Justiça (inciso II do art. 105 da CF e inciso II do art. 539 do CPC).

No âmbito cível, cabe recurso ordinário:

- a) Para o Supremo Tribunal Federal contra decisões denegatórias (extinção sem resolução do mérito ou improcedência) em mandado de segurança, mandado de injunção ou *habeas data*, de competência originária de Tribunal Superior.
- b) Para o Superior Tribunal de Justiça contra:
  - 1) *decisões denegatórias* (extinção sem resolução do mérito ou improcedência) em mandado de segurança (aqui não se inclui o mandado de injunção, nem o *habeas data*) de competência originária de Tribunal Regional Federal, Tribunal de Estado, do Distrito Federal ou de Território; e
  - 2) *sentenças proferidas* – em primeira instância, por Juiz Federal – nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país (nesse caso, o recurso ordinário é uma apelação – igualmente irão para o Superior Tribunal de Justiça os agravos interpostos contra as decisões interlocutórias nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país).

Interessante notar que a Lei n. 9.507/97, em seu art. 20, inciso II, alínea b, prevê o cabimento de recurso ordinário contra decisões proferidas em *habeas data* de competência originária de Tribunal Regional Federal.

Trata-se de norma inconstitucional, porque amplia as hipóteses de cabimento do recurso ordinário, mas essas são previstas pela Constituição Federal.

Por outro lado, é importante destacar que não cabe recurso ordinário constitucional contra o indeferimento liminar monocrático do mandado de segurança de competência originária de tribunal. Deve o impetrante primeiro interpor agravo interno. Se este agravo não for provido, então o impetrante poderá interpor o recurso ordinário constitucional.

Também não cabe recurso ordinário de decisão de medida liminar, nem de decisão do agravo interno interposto contra esta.

Diz a Súmula 272 do STF: “Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança”. Todavia, existem decisões do Supremo Tribunal Federal admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade para receber o recurso extraordinário como ordinário (de competência do Supremo Tribunal Federal).

## **2. Efeito devolutivo e procedimento**

O recurso ordinário constitucional tem efeito devolutivo amplo, como a apelação – ao contrário dos embargos de declaração, do recurso especial e do recurso extraordinário, que são recursos de fundamentação vinculada ou de estrito direito.

Ademais, “Serão aplicadas, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no Tribunal recorrido, as regras do Código de Processo Civil relativas à apelação” (art. 34 da Lei n. 8.038/90).

Deve o recorrente interpor o recurso ordinário perante o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, para que este realize um juízo de admissibilidade provisório.

Qual o recurso cabível contra a decisão denegatória de seguimento?

Defendem alguns que é o agravo interno; outros dizem que é o agravo de instrumento; e há também quem advogue o cabimento do agravo previsto no art. 544 do CPC.



## Recurso Especial e Recurso Extraordinário

### 1. Rápido histórico

No antigo Direito inglês, existia uma medida chamada *writ of error*, pela qual o Monarca poderia, em última instância, reformar as decisões judiciais que violassem a Lei.

Essa medida chegou em 1789 aos Estados Unidos da América como um recurso dirigido à Suprema Corte.

O *writ of error* era um recurso dirigido à Suprema Corte, que possibilitava a revisão das decisões judiciais proferidas pelas Cortes locais sobre questões relativas ao direito federal constitucional e infraconstitucional. Surgiu como uma necessidade de autopreservação do sistema federativo norte-americano, na medida em que as unidades federativas possuíam tribunais próprios – dotados de competência para aplicar tanto o direito local quanto o direito federal –, cujas decisões poderiam desagregar a própria federação. Desta forma, além de assegurar a supremacia do direito federal sobre o direito local, o *writ of error* proporcionava uma uniformização de entendimentos sobre o direito federal constitucional e infraconstitucional em todo o país.

Em 1890, o legislador brasileiro, inspirado no *writ of error*, criou o recurso que veio a ser chamado de extraordinário, atribuindo competência ao Supremo Tribunal Federal para julgá-lo.

De 1890 a 1988, o número de recursos extraordinários cresceu de uma forma nunca imaginada pelo legislador brasileiro, havendo, em consequência, na Constituição Federal Brasileira de 1988, a sua bipartição.

Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o direito federal constitucional – ou simplesmente direito constitucional –, por meio do recurso extraordinário, e ao Superior Tribunal de Justiça a última palavra sobre o direito federal infraconstitucional – ou simplesmente direito federal –, por meio do recurso especial.

## 2. Recurso especial

### 2.1 Cabimento

O cabimento do recurso especial está previsto no inciso III do art. 105 da CF. Este dispositivo contém pressupostos gerais e pressupostos específicos.

#### 2.1.1 Pressupostos gerais

Os pressupostos gerais para o cabimento do recurso especial são os seguintes:

##### **a) Prequestionamento (“causas decididas”)**

Há três acepções conhecidas para o vocábulo prequestionamento: a parte deve alegar previamente a matéria federal controvertida; a parte deve alegar e o Tribunal *a quo* deve decidir previamente a matéria federal controvertida; e o Tribunal *a quo* deve decidir previamente a matéria federal controvertida.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento significa que a matéria federal controvertida deve ser decidida previamente pelo Tribunal *a quo*. É o que basta.

Normalmente o Tribunal *a quo* só decide a matéria federal controvertida quando a parte alega.

No entanto, o Tribunal *a quo* poderá agir de ofício quando a matéria federal controvertida for de ordem pública (por exemplo: ilegitimidade para a causa ou ausência de citação de litisconsorte necessário) ou quando se tratar de reexame necessário, por exemplo.

Importa, para o prequestionamento, que a matéria federal controvertida seja enfrentada pelo Tribunal *a quo*, pouco importando que isso decorra de uma alegação da parte ou que o Tribunal tenha agido de ofício.

Alguns entendem que o prequestionamento é a atividade da parte, mas que o requisito constitucional exigido é a decisão do Tribunal. Trata-se de um mero jogo de palavras.

Se a matéria federal controvertida não for decidida pelo Tribunal *a quo*, caberá ao recorrente interpor o recurso de embargos de declaração (embargos de declaração prequestionadores).

Esses embargos não serão tidos como protelatórios (Súmula 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”).

Caso o Tribunal *a quo* permaneça omissivo, a despeito da interposição dos embargos de declaração, caberá ao recorrente interpor recurso especial por violação ao disposto no art. 535 do CPC – os embargos não foram julgados corretamente pelo Tribunal *a quo* (o recorrente ainda não pode interpor o recurso especial quanto à matéria principal – Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”). Corrigido o problema, e proferida nova decisão pelo Tribunal *a quo*, o recorrente poderá, então, interpor o recurso especial a respeito da matéria principal.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o chamado prequestionamento implícito, que se dá quando o Tribunal *a quo* enfrenta a questão federal controvertida, mas não menciona explicitamente a norma legal violada.

Portanto, havendo prequestionamento implícito, o recorrente não precisará opor embargos de declaração.

No entanto, se a matéria federal controvertida for enfrentada apenas pelo voto vencido, o recorrente terá que opor os embargos de declaração prequestionadores, para a admissão do recurso especial (Súmula 320 do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”).

### ***b) Decisão final (“em única ou última instância”)***

Para a interposição do recurso especial, o recorrente deve esgotar todas as instâncias recursais ordinárias, vale dizer, não cabe recurso especial quando ainda cabe outro recurso como a apelação, o agravo, os embargos infringentes, o recurso ordinário etc. (Súmula 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”).

### ***c) Órgão “a quo” (“pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”)***

Para o cabimento do recurso especial, o órgão *a quo* deve ser um

Tribunal Local, vale dizer, não cabe recurso especial contra decisão de Tribunal Superior, contra decisão de juízo de primeira instância, nem contra decisão de Turma ou de Colégio Recursal de Juizado Especial (Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”).

#### **d) Matéria de direito**

No recurso especial se analisa apenas a questão de direito, porque cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar, em última instância, o Direito Federal, proferindo decisões paradigmáticas.

Não se admite discutir o fato, porque este se limita ao caso. O fato é apenas um *iter* procedimental para discutir o direito.

Assim, não pode haver reexame de prova em recurso especial (Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

Vale destacar, porém, que o recurso especial pode versar sobre matéria probatória, desde que esta seja uma matéria de direito. Alguns exemplos: o tribunal inverteu erroneamente o ônus da prova; o tribunal deixou de apreciar a prova; o tribunal admitiu uma prova ilegal; o Tribunal admitiu a produção da prova mediante procedimento diverso do previsto em lei.

Igualmente se considera matéria de direito a qualificação jurídica dada ao fato. Por exemplo: o contrato é de locação ou de comodato?

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça também não admite recurso especial para interpretação de cláusula contratual (Súmula 5: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”).

Ademais, nada impede a utilização do recurso especial para a interpretação e o controle da aplicação de cláusulas gerais, materiais ou processuais, como a cláusula geral da boa-fé.

#### **2.1.2 Pressupostos específicos**

Os pressupostos específicos para o cabimento do recurso especial, previstos nas alíneas do inciso III do art. 105 da CF, são os seguintes:

- a) Violação à lei federal, vale dizer, a decisão recorrida *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência* (não cabe recurso especial por violação à

Súmula; violação a tratado que integre o bloco constitucional, conforme o § 3º do art. 5º da CF – tratado sobre direitos humanos, aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros –, desafiará recurso extraordinário; negar vigência é uma forma de violar).

- b) Negativa de vigência à lei federal, em razão de a decisão recorrida *julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal* (se julgar válida uma **lei local**, contestada em face de uma lei federal, caberá recurso extraordinário, porque o legislador pressupõe que existe violação a uma regra constitucional sobre competência legislativa).
- c) Dissídio jurisprudencial, vale dizer, a decisão recorrida *der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal* (para fatos semelhantes, os Tribunais apresentam soluções jurídicas diversas. Por exemplo: no acórdão recorrido, um Tribunal diz que o solteiro não faz jus aos benefícios da lei do bem de família; e no acórdão paradigma, outro Tribunal afirma que o solteiro faz jus aos benefícios da lei do bem de família).

Importante assinalar que no recurso especial interposto por dissídio jurisprudencial, os acórdãos confrontados devem ser proferidos por Tribunais diversos (Súmula 13 do STJ: “A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial”).

Ademais, o dissídio jurisprudencial deve ser atual (Súmula 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”).

## **2.2 Regularidade formal**

Para a regularidade formal do recurso especial, o recorrente deverá apresentar os requisitos do art. 541 (exposição do fato e do direito; demonstração do cabimento; razões e pedido) e, quando interposto com fundamento na alínea c, o dissídio jurisprudencial deverá ser comprovado na forma do parágrafo único do mesmo artigo, cabendo ao recorrente confrontar os acórdãos recorrido e paradigma, indicando a semelhança das situações de fato e a dissonância das soluções jurídicas – não é suficiente a simples apresentação das ementas dos acórdãos recorrido e paradigma, exceto se a matéria for suficientemente conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.

### **2.3 Multiplicidade de recursos especiais**

Conforme dispõe o art. 543-C do CPC, se existirem recursos especiais com a mesma matéria de direito (multiplicidade de recursos especiais ou recursos especiais repetitivos), o Tribunal de origem (Presidente ou Vice-Presidente) e, caso não o faça, o próprio Superior Tribunal de Justiça (relator) selecionará recursos especiais paradigmas ou representativos da matéria, comunicando o fato aos Tribunais, para que os demais recursos especiais fiquem suspensos até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Poderá ser admitida a participação do *amicus curiae* (§ 4º do art. 543-C) e o recorrente não poderá desistir dos recursos admitidos pelo procedimento do art. 543-C, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça (QO no REsp 1.063.343/RS).

Do julgamento do mérito dos recursos especiais paradigmas, as consequências serão as seguintes:

- a) não providos os paradigmas, os demais recursos suspensos estarão prejudicados;
- b) providos os paradigmas, os demais recursos suspensos serão novamente apreciados pelos Tribunais, que poderão exercer juízo de retratação (nesse caso os recursos estarão prejudicados) ou manter a decisão (nesse caso os recursos serão submetidos ao juízo de admissibilidade e, sendo este positivo, remetidos ao Superior Tribunal de Justiça).

## **3. Recurso extraordinário**

### **3.1 Cabimento**

O cabimento do recurso extraordinário está previsto no inciso III e no § 3º do art. 102 da CF.

Podemos extrair dos dispositivos citados pressupostos gerais e pressupostos específicos.

#### **3.1.1 Pressupostos gerais**

Os pressupostos gerais para o cabimento do recurso especial são os seguintes:

##### **a) Prequestionamento (“causas decididas”)**

Para o Supremo Tribunal Federal, o prequestionamento significa que a matéria constitucional controvertida deve ser decidida previamente pelo órgão *a quo*.

Se a matéria constitucional controvertida não for decidida pelo órgão *a quo*, caberá ao recorrente opor os embargos de declaração prequestionadores (Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”).

Caso o órgão *a quo* permaneça omissis, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o recorrente poderá interpor o recurso extraordinário, porque o Supremo Tribunal Federal – ao contrário do Superior Tribunal de Justiça – entende que nesse caso ocorre o chamado *prequestionamento ficto*.

O Supremo Tribunal Federal também tem admitido o chamado prequestionamento implícito, que se dá quando o órgão *a quo* enfrenta a questão constitucional controvertida, mas não menciona explicitamente a norma legal violada.

### **b) Decisão final (“em única ou última instância”)**

Para a interposição do recurso extraordinário, o recorrente deve esgotar todas as vias recursais ordinárias, vale dizer, não cabe recurso extraordinário quando ainda cabe outro recurso como a apelação, o agravo, os embargos infringentes, o recurso ordinário etc. (Súmula 281 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”).

### **c) Órgão “a quo”**

O recurso extraordinário é cabível contra decisões proferidas por qualquer órgão jurisdicional, incluindo os juízes de primeira instância, os Tribunais Superiores e as turmas ou colégios recursais dos juizados especiais (Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”).

Diferente é a situação do recurso especial, porque, para o cabimento deste, a Constituição (inciso III do art. 105) exige que a decisão seja proferida por um Tribunal Regional Federal, um Tribunal de um Estado, do Distrito Federal

ou de um Território.

#### **d) Matéria de direito**

Assim como ocorre com o recurso especial, no recurso extraordinário não se examina fato, porque cabe ao Supremo Tribunal Federal interpretar, em última instância, a Constituição Federal – matéria de direito –, proferindo decisões paradigmáticas.

Desta forma, em recurso extraordinário não pode haver reexame de prova (Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

#### **e) Repercussão geral**

A repercussão geral é requisito político-jurídico de admissibilidade do recurso extraordinário, exigido pelo § 3º do art. 102 da CF, que consiste na presença de dois elementos:

- 1) *Transcendência*: questão constitucional ultrapassa os interesses subjetivos da parte ou da causa (por exemplo, afeta um considerável número de pessoas).
- 2) *Relevância*: questão constitucional é relevante do ponto de vista econômico (por exemplo, matéria tributária), político (por exemplo, conflito entre Estados), social (por exemplo, conflito sobre direito à moradia) ou jurídico (por exemplo, recurso para apurar o sentido e o alcance da expressão “direito adquirido”).

Será, no entanto, **presumida** a repercussão geral quando “o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (§ 3º do art. 543-A do CPC).

Por sua vez, o recurso extraordinário não será conhecido por falta de repercussão geral apenas pelo voto de pelo menos oito dos onze ministros ou dois terços do Supremo Tribunal Federal (§ 3º do art. 102 da CF), ficando dispensada a remessa do recurso ao plenário se quatro integrantes da Turma decidirem que está presente o requisito da repercussão geral (§ 4º do art. 543-A).

Ademais, o relator poderá admitir a intervenção do *amicus curiae* (§ 6º do art. 543-A), em razão da eficácia da decisão da repercussão geral e do próprio recurso extraordinário paradigma (§ 5º do art. 543-A e §§ 2º ao 4º do art.

543-B).

A decisão pela qual o Tribunal rejeita a existência de repercussão geral é **irrecorrível** (art. 326 do RISTF) – somente sujeita a embargos declaratórios, segundo a corrente doutrinária dominante –, mas caberá agravo regimental da decisão monocrática (que pode ser proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal) que recusar o recurso extraordinário por falta de preliminar de repercussão geral ou por ausência de repercussão geral, segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal (§ 2º do art. 327 do RISTF).

Entre 2007 e 2011, aproximadamente 70% dos temas submetidos ao Supremo Tribunal Federal tiveram a repercussão geral reconhecida.

Eis alguns exemplos de temas com repercussão geral reconhecida:

- a) Taxa de coleta, remoção e destinação de lixo. Base de cálculo. Localização geográfica e metragem do imóvel. Base de imposto. Requisitos de divisibilidade e especificidade do serviço público. Lei municipal de Campinas.
- b) Benefício Previdenciário. Pensão por morte. Lei n. 9.032/95.
- c) Inconstitucionalidade de exigência de depósito prévio como pressuposto de recurso administrativo.
- d) Prova. Desacato. Indeferimento de utilização de gravação ambiental da audiência criminal do réu. Violação ao devido processo legal.

### 3.1.2 *Pressupostos específicos*

Os pressupostos específicos para o cabimento do recurso extraordinário, previstos nas alíneas do inciso III do art. 102 da CF, são os seguintes:

- a) Violação à CF, vale dizer, *contrariar dispositivo da Constituição* (violação a qualquer norma do bloco constitucional – Constituição Federal, Emenda Constitucional ou Tratado em consonância com o § 3º do art. 5º da CF – desafia recurso extraordinário; a violação deve ser direta, e não reflexa, como se pode perceber pelo enunciado da Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”).
- b) Declaração de inconstitucionalidade (em razão de uma má interpretação da

Constituição Federal), vale dizer, *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal* (conforme a Súmula 513 do STF, “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”).

- c) Negar vigência à Constituição Federal, em razão de *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição*.
- d) Violar norma constitucional que diz respeito à competência legislativa em razão de *julgar válida lei local contestada em face de lei federal*.

### **3.2 Regularidade formal**

Para a regularidade formal do recurso especial, o recorrente deverá apresentar os requisitos do art. 541 (exposição do fato e do direito; demonstração do cabimento; razões e pedido) e, especificamente, uma preliminar de repercussão geral, consoante o § 2º do art. 543-A do CPC.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a preliminar de repercussão geral deve ser apresentada, sob pena de não conhecimento do recurso, mesmo quando a repercussão geral é presumida (§ 3º do art. 543-A do CPC).

Vale destacar que o órgão *a quo* (Presidente ou Vice-Presidente do órgão *a quo*) tem competência para negar seguimento ao recurso extraordinário pela falta da preliminar de repercussão geral, mas não tem competência para verificar a presença dos elementos constitutivos da própria repercussão geral (transcendência e relevância), porque essa é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

### **3.3 Multiplicidade de recursos extraordinários**

Se existirem recursos extraordinários com a mesma matéria de direito (multiplicidade de recursos extraordinários ou recursos extraordinários repetitivos), serão selecionados alguns recursos paradigmas ou representativos da controvérsia.

O fato será comunicado aos Tribunais ou Turmas de Juizados Especiais (Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais), que deverão sobrestar os demais recursos extraordinários até o pronunciamento definitivo do Supremo

Tribunal Federal a respeito dos paradigmas ou representativos da controvérsia.

Do julgamento dos recursos representativos da controvérsia, as consequências serão as seguintes:

- a) Rejeitada a repercussão geral, todos os demais recursos sobrestados serão tidos como não admitidos.
- b) Admitida a repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal julgará o mérito do recurso extraordinário, ocorrendo o seguinte: não providos os paradigmas ou representativos da controvérsia, os demais recursos sobrestados estarão prejudicados (perderão o objetivo pela falta do interesse recursal); e, providos os paradigmas ou representativos da controvérsia, os demais recursos sobrestados serão novamente apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas recursais, que poderão exercer juízo de retratação (nesse caso os recursos estarão prejudicados) ou manter a decisão (nesse caso os recursos serão submetidos ao juízo de admissibilidade e, uma vez admitidos, serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal).

#### **4. Recurso especial e recurso extraordinário retidos**

Ficarão retidos os recursos especiais e extraordinários interpostos contra decisões de agravos (o § 3º do art. 542 do CPC fala em decisão interlocutória, mas esta não desafia recurso especial ou extraordinário, porque ainda não foram esgotadas as vias recursais ordinárias) impugnativos de decisões interlocutórias proferidas em processo (fase) de conhecimento, em processo cautelar ou em embargos à execução (o Código exclui da retenção apenas os recursos especiais interpostos contra decisões de agravos impugnativos de decisões interlocutórias proferidas em execução – execução de título extrajudicial e cumprimento de sentença).

Assim, quando interposto um novo recurso especial ou extraordinário contra a decisão final, a parte deverá reiterar o recurso retido, nas razões ou nas contrarrazões, para que este seja julgado preliminarmente ao recurso especial ou extraordinário principal.

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm admitido que o recorrente requeira o destrancamento em situações nas quais faltaria interesse ao recurso interposto na forma retida (por exemplo: decisão de tutela antecipada e decisão de exceção de incompetência).

Há muita controvérsia na jurisprudência a respeito da medida adequada para destrancar o recurso especial ou extraordinário retido. Já se admitiu: a) simples petição; b) medida cautelar; c) reclamação constitucional; d) pedido ao Presidente ou Vice-Presidente; e e) interposição de agravo contra o indeferimento.

Em razão da dúvida, os Tribunais têm aplicado a fungibilidade de meios processuais.

## 5. Efeitos

O recurso especial e o recurso extraordinário são recursos de fundamentação vinculada, de estrito direito ou de efeito devolutivo restrito, porque os erros que podem ser alegados para o cabimento estão descritos na CF, como se viu anteriormente.

Por outro lado, os recursos especial e extraordinário são recebidos apenas no efeito devolutivo (por outras palavras, sem efeito suspensivo), mas o recorrente pode obter o efeito suspensivo (efeito suspensivo judicial) por meio de medida cautelar, amplamente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça.

A respeito da competência para o julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal editou duas Súmulas, a 634 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”) e a 635 (“Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”), muitas vezes seguidas pelo Superior Tribunal de Justiça e que sedimentaram o seguinte entendimento: se o recurso ainda não foi admitido pelo órgão *a quo* (Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo*), a medida cautelar deve ser dirigida a este; se o recurso já foi admitido pelo órgão *a quo*, a medida cautelar deve ser dirigida ao órgão *ad quem* (Supremo Tribunal Federal – ou Superior Tribunal de Justiça, se o recurso for o especial).

Avalia o Supremo Tribunal Federal – e o Superior Tribunal de Justiça, quando segue as Súmulas 634 e 635 do STF – que um dos requisitos de concessão da medida cautelar (*fumus boni juris*) não pode ser analisado antes da admissão do recurso extraordinário – ou do recurso especial – pelo órgão *a quo*.

As Súmulas 634 e 635 do STF contrariam o disposto no parágrafo único do art. 800 do CPC, cuja redação é a seguinte: “Interposto o recurso, a medida

cautelar será requerida diretamente ao tribunal”.

Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça “tem admitido a concessão de efeito suspensivo a recurso especial já interposto, mas pendente do juízo de admissibilidade, ou até mesmo àqueles ainda não interpostos, mas somente para situações excepcionalíssimas, onde se constata, de pronto, o ‘manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal’ (AgRgMC 8.101/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 24-05-2004), ou, ainda, em decisões manifestamente teratológicas”.

## 6. Procedimento

O recurso especial e o recurso extraordinário serão interpostos no prazo de quinze dias, por meio de petição escrita endereçada ao Presidente ou ao Vice-Presidente do tribunal *a quo*.

Segundo o art. 498 do CPC, “Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos”. Se “não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos”.

Há certa divergência quanto ao aproveitamento do recurso especial interposto antes da intimação do julgamento dos embargos infringentes. Alguns julgados consideram o recurso intempestivo e não o admitem, mesmo se houver reiteração. Outros julgados consideram o recurso intempestivo e não o admitem, salvo se houver reiteração. E há também julgados que consideram o recurso plenamente tempestivo, independentemente de reiteração, porque o capítulo do acórdão atacado é apenas o da parte unânime.

Após a interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário, será concedido ao recorrido prazo de quinze dias para a apresentação de contrarrazões.

Na sequência, o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal *a quo* fará o juízo de admissibilidade provisório do recurso. Se o juízo for positivo, os autos

serão enviados ao órgão *ad quem*, vale dizer, ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. Se o juízo for negativo, poderá o recorrente interpor o agravo do art. 544 do CPC no prazo de dez dias.

O agravo do art. 544 do CPC, também conhecido como agravo nos próprios autos, agravo em recurso especial ou recurso extraordinário com agravo, não exige a formação de instrumento – será interposto nos próprios autos –, nem está sujeito ao pagamento de custas e de despesas postais (preparo).

Se forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o recorrente deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido (§ 1º do art. 544 do CPC).

O órgão *a quo* receberá o agravo do art. 544, mas não poderá fazer o juízo de admissibilidade desse recurso. Caso o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal *a quo* (ou o Presidente da Turma Recursal) inadmita o agravo do art. 544, caberá reclamação constitucional (Súmula 727 do STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”).

O relator normalmente julga o agravo do art. 544 monocraticamente, cabendo agravo interno no prazo de cinco dias contra essa decisão (o recurso manifestamente inadmissível também pode ser inadmitido pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal).



### Embargos de Divergência

#### 1. A finalidade dos embargos de divergência

Por questões de ordem prática, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo da maioria dos tribunais, são divididos internamente em órgãos colegiados fracionários.

Conforme o seu regimento interno, o Superior Tribunal de Justiça possui seis turmas. Cada turma é composta por cinco ministros. As duas primeiras turmas (Primeira Turma e Segunda Turma) tratam essencialmente de Direito Público e compõem a Primeira Seção. As duas turmas seguintes (Terceira Turma e Quarta Turma) tratam fundamentalmente de Direito Privado e compõem a Segunda Seção. E as duas turmas restantes (Quinta Turma e Sexta Turma) tratam essencialmente de Direito Penal em geral – mas apreciam também alguma matéria cível – e compõem a Terceira Seção. Além das turmas e das seções, a Corte Especial, composta por vinte e um ministros, e o Plenário, composto pelos trinta e três ministros, integram o Superior Tribunal de Justiça.

Já o Supremo Tribunal Federal, regimentalmente, possui duas turmas (Primeira Turma e Segunda Turma, cada uma com cinco ministros, e um plenário, composto pelos onze ministros). Ao contrário do que ocorre com as competências das turmas do Superior Tribunal de Justiça, as competências das turmas do Supremo Tribunal Federal não se sujeitam à especialização.

Desta forma, é possível que os órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal deem soluções jurídicas diversas para situações fáticas análogas ou semelhantes.

Tal situação, de fato, pode ocorrer, embora não seja desejada.

O recurso de embargos de divergência é um instrumento de *uniformização de jurisprudência* entre os órgãos colegiados fracionários do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

#### 2. O cabimento dos embargos de divergência

Em consonância com o disposto no art. 546 do CPC, os embargos de divergência são cabíveis quando:

- a) no julgamento do recurso especial, a decisão da turma do Superior Tribunal de Justiça (não pode ser decisão de seção ou da Corte Especial) divergir do julgamento de outra turma, de uma seção ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça;
- b) no julgamento do recurso extraordinário, a decisão da turma do Supremo Tribunal Federal (não pode ser decisão do Plenário) divergir do julgamento da outra turma ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

### **3. O cabimento dos embargos de divergência em recurso especial**

#### **3.1 Órgão que deve proferir o acórdão recorrido**

Para o cabimento dos embargos de divergência em recurso especial, o *acórdão recorrido* deve ser proferido por *uma das seis turmas* do Superior Tribunal de Justiça. Exemplificativamente, não cabem embargos de divergência se a *decisão recorrida* for proferida:

- a) por uma das três seções do Superior Tribunal de Justiça, mesmo nas hipóteses em que a seção é competente para julgar o recurso especial (por exemplo, quando algum ministro propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela seção);
- b) pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, mesmo nas hipóteses em que a Corte Especial é competente para julgar o recurso especial (por exemplo, quando algum dos ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela Corte Especial);
- c) pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça.

#### **3.2 Embargos de divergência contra a decisão monocrática proferida por ministro relator**

É certo que o relator do recurso especial pode julgá-lo monocraticamente.

Também é lícito concluir que a decisão do relator do recurso – especialmente quando julga o *mérito recursal* – produz efeitos jurídicos semelhantes àqueles produzidos pelo aresto da turma, pois, apesar de a decisão do relator ser fruto de uma manifestação individual e de a decisão da turma

resultar de um “acordo de manifestações individuais”, é inegável que tais julgados são *substancialmente* idênticos.

Ocorre, porém, que, de acordo com o texto expresso da lei, o acórdão recorrido deve ser proferido, obrigatoriamente, por uma das *turmas* do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, eventuais decisões individuais proferidas nos recursos especial ou extraordinário devem ser examinadas ou revistas no interior da própria turma. Não se admite a interposição dos embargos de divergência *per saltum*, isto é, antes da interposição do agravo interno. Após a decisão colegiada, se ocorrer – ou persistir – o dissenso, pode-se, então, opor o recurso de embargos de divergência, mas aí não haverá ofensa ao princípio da singularidade recursal.

### **3.3 Aplicação do princípio da fungibilidade recursal para a substituição dos embargos de divergência pelo agravo interno**

Pode o tribunal aplicar o princípio da fungibilidade recursal, quando opostos embargos de divergência, e não agravo interno, contra decisão monocrática de ministro-relator sobre a admissibilidade ou o mérito do recurso especial?

Entendemos que pode o tribunal aplicar o princípio da fungibilidade recursal, quando interposto o recurso de embargos de divergência, e não o agravo interno, de decisão monocrática de ministro-relator que negue seguimento ou resolva o mérito do recurso especial (ou do recurso extraordinário), ainda que os embargos de divergência não sejam interpostos dentro do prazo de cinco dias, previsto para o agravo interno, porquanto configurado o requisito da dúvida objetiva – único e verdadeiro requisito da fungibilidade –, devido ao dissídio doutrinário quanto ao recurso cabível.

### **3.4 Acórdão recorrido proferido em recurso especial**

O acórdão recorrido deve ser prolatado em recurso especial, não se admitindo embargos de divergência, por exemplo, contra acórdão proferido em:

- a) recurso ordinário;
- b) embargos de declaração para integrar ou aclarar a decisão do recurso especial – pode-se recorrer, no entanto, do acórdão proferido no recurso especial, aclarado ou integrado pelos embargos de declaração;
- c) ação de competência originária do tribunal (v.g., reclamação constitucional,

ação rescisória, mandado de segurança ou ação cautelar);

d) conflito de competência.

### **3.5 Acórdão recorrido proferido em agravo**

O Superior Tribunal de Justiça, aplicando a Súmula 599 do Supremo Tribunal Federal, posicionou-se em inúmeros acórdãos de forma contrária ao cabimento dos embargos de divergência opostos contra decisão proferida em agravo interno interposto contra decisão monocrática de relator em recurso especial.

Todavia, seguindo uma decisão pioneira da Primeira Seção, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acabou por admitir o cabimento dos embargos de divergência em tal situação, o que nos parece absolutamente adequado, porque, ao contrário do que ocorre em relação ao julgado singular proferido pelo relator, não existe em lei um (outro) recurso destinado à decisão do agravo interno, muito embora este aresto, em última análise, corresponda à decisão do recurso especial, agora proferida pela turma, e não pelo relator.

Após sucessivos julgamentos, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 316: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

É preciso verificar, no entanto, o conteúdo da decisão proferida no agravo interno. Não sendo conhecido o agravo interno, ou sendo julgado o mérito do agravo interno para propiciar seguimento ao recurso especial, ou, ainda, sendo julgado o mérito do agravo interno para reformar a decisão do relator, porque a situação concreta não ensejava a prolação de uma decisão singular, serão incabíveis os embargos de divergência. Porém, sendo julgado o mérito do agravo interno, para que não se conheça do recurso especial, ou, ainda, sendo julgado o mérito do agravo interno, para que se dê provimento ao recurso especial (por exemplo, o relator, monocraticamente, dá provimento ao recurso especial, e o agravo interno é improvido), ou mesmo, sendo julgado o mérito do agravo interno, para que se negue provimento ao recurso especial (por exemplo, o relator, monocraticamente, nega provimento ao recurso especial, e o agravo interno é improvido), tais decisões, em princípio, serão embargáveis de divergência.

Diferentemente entende o Superior Tribunal de Justiça quanto ao

acórdão proferido no agravo interposto contra a decisão pela qual o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal *a quo* nega seguimento ao recurso especial.

Para o cabimento dos embargos de divergência, o acórdão recorrido não pode ser proferido no julgamento do agravo do art. 544 do CPC, anteriormente chamado de agravo de instrumento. Assim diz a Súmula 315 do STJ: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

### **3.6 Irrelevância da divergência jurisprudencial no interior da turma**

Pouco importa se a decisão recorrida foi unânime ou tomada por maioria de votos, ou seja, se houve divergência no interior da própria turma que proferiu o aresto recorrido, pois os embargos de divergência (CPC, art. 546) não se confundem com os embargos infringentes (CPC, art. 530).

### **3.7 Órgão que pode proferir o acórdão paradigma**

O acórdão paradigma pode ser proferido:

- a) por outra turma – admitir que o julgado paradigma seja da mesma turma, sob o argumento de que a composição desta tenha se modificado, parecendo ilegal, pois contraria o disposto no CPC, art. 546, I;
- b) por uma seção, que pode ser a mesma da turma que prolatou o acórdão recorrido ou outra seção;
- c) ou pela Corte Especial – não pode ser proferido pelo plenário do próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que este órgão foi excluído do CPC, art. 546, I.

Observe-se, outrossim, que as decisões confrontadas devem ser proferidas, obrigatoriamente, por órgãos que integrem o próprio Superior Tribunal de Justiça. Não há divergência ensejadora de embargos de divergência se o aresto paradigma for proferido:

- a) pelo extinto Tribunal Federal de Recursos;
- b) pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quanto a matéria que foi de sua competência no passado;
- c) pelo tribunal contra o qual se interpôs recurso especial (Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça);
- d) ou por ministro-relator.

### **3.8 Recurso, processo ou incidente no qual pode ser proferido o acórdão paradigma**

Ao contrário do que ocorre com o acórdão recorrido, o acórdão paradigma pode ser proferido em qualquer processo, recurso ou incidente, não apenas em recurso especial (por exemplo, ação rescisória, conflito de competência, reclamação constitucional, recurso ordinário, embargos infringentes, embargos de declaração, agravo de instrumento, agravo interno etc.), desde que seja por outra turma, por uma seção ou pela Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Não se admite como paradigma, porém, voto vencido.

### **3.9 Atualidade do dissídio jurisprudencial**

A preocupação com a atualidade do dissídio é antiga. O art. 3º da Lei n. 319/36, que dispunha sobre o recurso de revista, antecessor dos embargos de divergência, já determinava: “não caberá a alegação de que a decisão recorrida diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara ou Turma, que a proferiu, ou a Corte Plena, tenha firmado jurisprudência uniforme, no sentido daquela mesma decisão”.

Nessa mesma linha, o § 1º do art. 853 do CPC de 1939, versando sobre o recurso de revista, estabeleceu: “não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras, que a adotou, ou as Câmaras Cíveis Reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar”.

O CPC de 1973 silenciou a respeito do assunto, mas o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 168, definiu como inadmissíveis os embargos de divergência quando o dissídio estiver superado, porque a jurisprudência do tribunal se firmou no sentido do que decidiu o acórdão embargado.

E se a jurisprudência do órgão competente para o julgamento dos embargos de divergência se firmar na direção do que decidiu o acórdão embargado, mas a jurisprudência do órgão que prolatou o acórdão paradigma *permanecer* na direção contrária à do acórdão embargado (por exemplo, Primeira Turma e Terceira Turma continuam a divergir, mesmo depois que jurisprudência da Corte Especial se firmou no sentido do que decidiram os acórdãos proferidos pela Primeira Turma)?

Mesmo numa situação patológica como essa, que pode ocorrer porque os precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que sumulados, não vinculam os seus próprios órgãos, o recurso não deve ser admitido, exceto se forem levantados motivos para que a jurisprudência firmada pelo órgão competente para o seu julgamento seja novamente revista. Aí, sim, será mais do que razoável que os embargos de divergência passem pelo filtro da admissibilidade.

Ainda com o intuito de dirimir somente os dissídios atuais, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 158, pacificou o entendimento no sentido de que são incabíveis os embargos de divergência quando o órgão que prolatou o acórdão paradigma não tem mais competência para apreciar e julgar a matéria nele versada.

Acrescente-se, por fim, que a atualidade da divergência jurisprudencial é indispensável à caracterização, não apenas do cabimento, mas, fundamentalmente, do interesse recursal nos embargos de divergência.

#### **4. Cabimento dos embargos de divergência em recurso extraordinário**

##### ***4.1 Acórdão recorrido: órgão que pode proferi-lo e recurso no qual pode ser proferido***

Os embargos de divergência em recurso extraordinário serão cabíveis tão somente se o acórdão recorrido for proferido em recurso extraordinário – ainda que integrado por meio de embargos de declaração –, por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão proferido em outros recursos, processos ou incidentes – por exemplo, recurso ordinário, embargos infringentes, ação rescisória, reclamação constitucional e exceção de incompetência –, o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal e o acórdão proferido por qualquer outro órgão estranho ao Supremo Tribunal Federal não desafiam embargos de divergência.

##### ***4.2 Acórdão paradigma: órgão que pode proferi-lo e recurso, processo ou incidente no qual pode ser proferido***

Já o acórdão paradigma pode ser proferido por outra turma ou pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, não apenas em recurso extraordinário, mas em qualquer processo, incidente ou recurso, tais como ação

reescisória, reclamação constitucional, conflito de competência, recurso ordinário, embargos infringentes e agravo.

Como se disse anteriormente, é inadmissível como paradigma o simples voto dissidente que não reflete a posição assumida pelo acórdão.

#### ***4.3 Embargos de divergência contra decisão monocrática de relator e contra acórdão proferido em agravo***

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo embargos de divergência se qualquer das decisões confrontadas for proferida monocraticamente pelo relator do recurso; isso porque o Código exige decisão de turma divergente da decisão de outra turma ou do Tribunal Pleno.

Todavia, como dissemos linhas atrás quanto aos embargos de divergência em recurso especial, interposto o recurso de embargos de divergência contra o julgado monocrático proferido pelo relator do recurso extraordinário, deve-se aplicar o princípio da fungibilidade para substituí-lo pelo agravo interno.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, tem aplicado sistematicamente o princípio da fungibilidade para receber como agravo interno os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática proferida por ministro-relator.

Por outro lado, da decisão do agravo interno, interposto contra o julgado monocrático proferido pelo relator do recurso extraordinário, e da decisão do agravo, interposto contra a decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, deve-se admitir o cabimento dos embargos de divergência – malgrado o teor da Súmula 599 do Supremo Tribunal Federal –, porque tais arestos se equiparam ao julgamento colegiado realizado por uma das turmas do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário.

O RISTE, em seu art. 330, prevê também a possibilidade de se interpor o recurso de embargos de divergência contra a decisão da turma que, em agravo de instrumento, divergir de julgado da outra turma ou do plenário.

#### ***4.4 Acórdão paradigma proferido pela mesma turma que prolatou o acórdão recorrido***

Para a admissão dos embargos de divergência em recurso extraordinário, o acórdão paradigma não pode ser proferido pela mesma turma que prolatou o acórdão recorrido, consoante a Súmula 353 do Supremo Tribunal

Federal.

No entanto, o próprio Pretório Excelso, em mais de um acórdão, já adotou posição mais maleável quanto ao cabimento de embargos de divergência na hipótese de o acórdão paradigma ser proferido pela mesma turma que prolatou a decisão recorrida, desde que a maioria da composição da turma seja alterada, gerando discrepância quanto à jurisprudência.

Tal elasticidade na admissão dos embargos de divergência em recurso extraordinário, como dissemos anteriormente em relação aos embargos de divergência em recurso especial, parece descabida, porque, entre outros motivos, viola frontalmente o texto legal.

#### **4.5 Atualidade do dissídio jurisprudencial**

Quanto à atualidade do dissenso, indispensável à caracterização do cabimento e, principalmente, do interesse recursal nos embargos de divergência, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça adotam, corretamente, a mesma posição. A Súmula 247 do Supremo Tribunal Federal e o art. 332 de seu regimento interno vedam os embargos, se a jurisprudência do plenário ou de ambas as turmas se firmar no sentido da decisão embargada, *exceto quando qualquer dos ministros propuser a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na “súmula”, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.*

No que respeita, porém, ao entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça de que não cabem embargos de divergência quando o órgão prolator do acórdão paradigma tenha perdido a competência para a matéria, essa questão não se coloca no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que suas turmas possuem a mesma competência.

#### **5. Regularidade formal**

Nos embargos de divergência cumpre ao recorrente demonstrar o dissídio jurisprudencial por meio de um confronto analítico entre os acórdãos, que explicita a semelhança entre os substratos fáticos e a dessemelhança entre as soluções jurídicas adotadas.

Por outras palavras, cabe ao recorrente comparar os acórdãos **recorrido** – da turma do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal – e **paradigma** – de outra turma do Superior Tribunal de Justiça ou do

Supremo Tribunal Federal, de uma seção do Superior Tribunal de Justiça, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal –, demonstrando que os mesmos apresentam soluções jurídicas diversas para semelhante situação de fato. Exemplo: o acórdão recorrido diz que o Código Civil admite usucapião de bem furtado, desde que adquirido de boa-fé; e o acórdão paradigma diz que o Código Civil não admite usucapião de bem furtado, ainda que adquirido de boa-fé.

Não basta, porém, a simples indicação ou a mera reprodução dos acórdãos divergentes ou de suas respectivas ementas, cabendo ao recorrente transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, ainda que junte seus inteiros teores, exceto quando a divergência for manifesta ou notória, por tratar de temas de direito muito conhecidos ou decididos exaustivamente, ou quando as ementas, por si sós, forem suficientemente claras, em vista do princípio da instrumentalidade do processo.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não admitiu o recurso de embargos de divergência, sob o argumento de que o aresto recorrido foi confrontado com um verbete de súmula de jurisprudência, e não com os julgados que serviram de precedentes para a edição da súmula mencionada.

*Data maxima venia*, ainda que o recorrente apresente como paradigma o entendimento sumulado do Tribunal, o recurso pode ser conhecido. Se o recorrente invoca o verbete de uma súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é porque essa Corte conhece perfeitamente a *questio juris*. Por isso mesmo, o art. 124 de seu regimento interno dispõe: “a citação de súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”. Vale aqui o que se disse anteriormente a respeito da admissão da simples indicação dos acórdãos divergentes ou da mera reprodução de suas ementas, quando a divergência for manifesta ou notória, em razão do princípio da instrumentalidade do processo.

A comprovação dos acórdãos paradigmas realizar-se-á na forma do CPC, art. 541, parágrafo único c/c o art. 546, parágrafo único; do RISTJ, art. 255, § 1º c/c o art. 266, § 1º, e do RISTF, art. 322 c/c o art. 331. Ou seja, mediante citação de repositório de jurisprudência oficial, autorizado ou credenciado, indicando o nome do repertório, o número, a editora, o ano e a página em que foram publicadas as decisões, ou, não estando os precedentes publicados – ou estando publicados em repositório inabilitado –, mediante certidões ou cópias autenticadas de tais arestos, permitida a declaração de autenticidade do próprio

advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Mas essas exigências formais deverão ser dispensadas, ou pelo menos atenuadas, se os assuntos versados nos acórdãos forem suficientemente conhecidos, sendo notória ou manifesta a divergência, em consonância com o princípio da instrumentalidade do processo.

É também plausível a citação de acórdãos cujos inteiros teores ou cujas ementas – quando admitida a simples comparação entre ementas, por serem suficientemente claras ou por haver divergência manifesta ou notória – estejam disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, bastando ao recorrente imprimi-los e anexá-los ao recurso.

## 6. Efeitos

Os embargos de divergência, como os demais recursos, possui efeito devolutivo.

Mas a lei processual em vigor não é expressa quanto à presença ou ausência do efeito suspensivo nos embargos de divergência.

Não se pode concluir, porém, que o silêncio da lei imponha o efeito suspensivo aos embargos de divergência. Na verdade, isso ocorre fundamentalmente com a apelação, por uma opção do legislador brasileiro, que preferiu, para esse recurso, manter a regra da suspensividade prevista no *caput* do art. 520 do CPC, ampliando o rol das exceções previstas nos incisos desse mesmo dispositivo legal.

Os embargos de divergência são ordinariamente desprovidos de efeito suspensivo legal porque essa é a regra estabelecida para o recurso extraordinário e para o recurso especial, conforme disposto no CPC, arts. 497, primeira parte, e 542, § 2º. Contrariaria a lógica que os embargos de divergência, interpostos a partir de acórdãos proferidos em recursos extraordinários ou especiais, fossem ordinariamente providos de efeito suspensivo legal, uma vez que os recursos extraordinários ou especiais são ordinariamente destituídos desse efeito, ou, ainda, que as decisões impugnáveis mediante embargos de divergência não produzissem efeitos imediatos e não se submetessem, conforme o caso, à execução provisória, uma vez que as decisões impugnáveis pela via do recurso extraordinário ou do recurso especial produzem efeitos imediatos e, conforme o caso, podem ser provisoriamente executadas.

Há, todavia, mais de uma posição no sentido de considerar que os embargos de divergência serão recebidos com o efeito suspensivo quando

provido o recurso especial ou o recurso extraordinário.

Ousamos discordar. Se os recursos especial e extraordinário são recebidos sem efeito suspensivo, seja qual for o resultado da decisão proferida pelo órgão *a quo*, por que os embargos de divergência seriam recebidos com efeito suspensivo quando provido o recurso especial ou o recurso extraordinário?

Dizer que os embargos de divergência são recebidos sem o efeito suspensivo significa dizer que a decisão proferida no recurso extraordinário ou no recurso especial produz efeitos imediatos. A existência, ou não, de execução provisória dependerá, evidentemente, da hipótese.

Formulemos os seguintes exemplos:

- a) o juiz julga o pedido condenatório procedente, essa sentença é, por unanimidade, reformada pelo tribunal de justiça, mas o acórdão do tribunal de justiça é também reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial;
- b) o juiz julga o pedido condenatório improcedente, essa sentença é, por unanimidade, reformada pelo tribunal de justiça, mas o acórdão do tribunal de justiça é também reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial;
- c) o juiz julga o pedido condenatório procedente, essa sentença é confirmada pelo tribunal de justiça, mas o acórdão do tribunal de justiça é reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial;
- d) o juiz julga o pedido condenatório procedente, essa sentença é, por unanimidade, reformada pelo tribunal de justiça e o acórdão do tribunal de justiça é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial;
- e) o juiz julga o pedido condenatório improcedente, essa sentença é, por unanimidade, reformada pelo tribunal de justiça e o acórdão do tribunal de justiça é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial.

A pergunta que se faz para todos esses exemplos é a seguinte: a impugnabilidade, pela via dos embargos de divergência, do acórdão proferido no recurso especial impede a eficácia dessa decisão e a execução provisória? Nas hipóteses acima mencionadas, o acórdão embargado sempre produzirá efeitos. Porém, nem sempre haverá execução provisória (ao menos no sentido de

modificação do estado de fato). No exemplo “A” haverá execução provisória porque a decisão proferida no recurso especial restaurou o efeito condenatório originário. Já no exemplo “B” não haverá execução provisória porque o efeito condenatório produzido em grau de apelação desapareceu com o recurso especial. O mesmo se diga quanto ao exemplo “C”, no qual não haverá execução provisória porque o efeito condenatório, surgido originariamente e mantido em grau de apelação, desapareceu com o recurso especial. Também no exemplo “D” não haverá execução provisória porque o efeito condenatório surgido originariamente desapareceu em grau de apelação, o que se confirmou com o recurso especial. Mas no exemplo “E” haverá execução provisória porque o efeito condenatório surgido em grau de apelação foi confirmado em sede de recurso especial.

Desta forma, a conclusão a que se chega é de que os embargos de divergência são ordinariamente desprovidos de efeito suspensivo, mas a ausência do efeito suspensivo não autoriza necessariamente a propositura da execução provisória.

Não obstante a ausência do efeito suspensivo legal, os tribunais superiores têm admitido que o relator conceda, por meio de medida cautelar, o efeito suspensivo judicial aos embargos de divergência, de maneira semelhante ao que acontece com os recursos especial e extraordinário.



## 1. Ações autônomas de impugnação

As decisões judiciais podem ser impugnadas pelos recursos ou pelas ações autônomas de impugnação.

O recurso é um meio de impugnação sempre anterior ao trânsito em julgado, que não instaura um novo processo (endoprocessual).

Já a ação autônoma de impugnação é um meio de impugnação que pode ser utilizado após o trânsito em julgado, como também pode instaurar um novo processo (extraprocessual).

Exemplo típico de ação autônoma de impugnação é a rescisória, proposta para desconstituir pronunciamento jurisdicional de mérito acobertado pela coisa julgada material.

Há, porém, outras ações autônomas de impugnação, como *querela nullitatis* ou *querela nullitatis insanabilis*, também conhecida como ação declaratória de inexistência (ou, para alguns, ação declaratória de nulidade), admitida pelo Superior Tribunal de Justiça para os casos de falta ou de nulidade de citação.

Admitimos o uso da *querela nullitatis* para qualquer hipótese relacionada à falta de pressuposto processual de existência (demanda, órgão investido de jurisdição e citação).

Outra ação autônoma de impugnação são os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública na hipótese de falta ou de nulidade de citação (inciso I do art. 741 do CPC).

O mesmo se pode dizer quanto a impugnação ao cumprimento de sentença, em idêntica hipótese – falta ou nulidade de citação (inciso I do art. 475-L), desde que se aceite que a impugnação tem natureza jurídica de ação (alguns entendem que a impugnação ao cumprimento de sentença é uma defesa; outros acreditam que impugnação é um híbrido de ação e de defesa; e há aqueles que enxergam a impugnação como uma ação ou uma defesa, conforme o

conteúdo apresentado).

Vale também dizer que o mandado de segurança pode ser utilizado contra decisões judiciais em determinadas situações, como, por exemplo, quando impetrado por terceiro (Súmula 202 do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”), ou quando incabível recurso (interpretação que se faz do inciso II do art. 5º da Lei n. 12.016/2009: “Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...) II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” – apesar da letra da Lei, não se admite o uso do mandado de segurança quando a decisão judicial é impugnável mediante recurso dotado apenas de efeito devolutivo).

## 2. Procedimentos que não admitem ação rescisória

É vedado o uso da ação rescisória nos juizados especiais cíveis (art. 59 da Lei n. 9.099/95), na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (art. 26 da Lei n. 9.868/99), bem como na arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei n. 9.882/99).

## 3. Objeto

O *caput* do art. 485 do CPC trata do objeto da rescisão, qual seja: “a sentença de mérito, transitada em julgado”.

Vamos analisar a expressão.

O vocábulo **sentença** deve ser interpretado em sentido amplo, incluindo o acórdão, a decisão monocrática do integrante de tribunal e, para alguns, até mesmo a decisão interlocutória (sobre mérito – por exemplo, a decisão da liquidação de sentença e a decisão da impugnação ao cumprimento de sentença, para quem entende que as mesmas são decisões interlocutórias).

As sentenças parciais (por exemplo, a que, no saneamento do processo, declara a prescrição com relação a apenas um dos litisconsortes) também são impugnáveis por meio de ação rescisória.

Já a decisão de **mérito** não significa aqui apenas aquela que aprecia a lide, que julga o pedido, mas qualquer decisão que se fundamente no art. 269 do CPC (pedido; prescrição; decadência; transação; reconhecimento jurídico do pedido; e renúncia ao direito).

Portanto, as sentenças de mérito típicas (julgamento do pedido ou da lide) e as sentenças de mérito atípicas (declaração de prescrição ou de decadência; ou homologação de transação, de reconhecimento jurídico do pedido ou de renúncia ao direito) podem ser objeto de ação rescisória.

O vício apontado deve dizer respeito ao mérito ou basta que o pronunciamento jurisdicional seja de mérito? O que importa é que a decisão seja de mérito, ainda que o vício apontado diga respeito à matéria processual (por exemplo: sentença de mérito proferida por juízo absolutamente impedido; ou sentença de mérito proferida em processo em que o autor era parte ilegítima).

O Superior Tribunal de Justiça possui algumas decisões que admitem a ação rescisória quando o recurso – erroneamente – não é conhecido, por exemplo, por intempestividade.

É também impugnável por meio de ação rescisória o pronunciamento jurisdicional que substancialmente aprecia o mérito, mas formalmente declara que o processo foi extinto sem resolução do mérito. Por outras palavras, o erro de qualificação não impede o uso da ação rescisória, pois o que importa é o conteúdo do ato, e não o rótulo. Por exemplo: o juiz reconhece que o autor não possui direito material e declara, por equívoco, que o mesmo é parte ilegítima.

Por sua vez, o **trânsito em julgado** significa a coisa julgada material, ou seja, a qualidade de imutabilidade do comando da sentença de mérito, não se podendo promover ação rescisória contra sentenças acobertadas apenas pela coisa julgada formal.

É preciso que a parte tenha esgotado as vias recursais para promover a ação rescisória ou basta o trânsito em julgado? Conforme a Súmula 514 do STF, “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.

A prova do trânsito em julgado é indispensável, mas a sua ausência é uma nulidade sanável.

Questão interessante, porém, diz respeito à coisa julgada superveniente. O que fazer com a rescisória proposta prematuramente, se o trânsito em julgado ocorrer durante o processo?

O Tribunal Superior do Trabalho não admite o aproveitamento da rescisória quando a coisa julgada se dá no curso do processo (item III da Súmula 299 do TST: “A comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda é pressuposto processual indispensável ao tempo do ajuizamento da ação

rescisória. Eventual trânsito em julgado posterior ao ajuizamento da ação rescisória não reabilita a ação proposta, na medida em que o ordenamento jurídico não contempla a ação rescisória preventiva”).

Mas a questão deve ser examinada à luz do princípio da efetividade do processo e do art. 462 do CPC, que permite ao julgador conhecer de fatos supervenientes.

Assim, admitimos o aproveitamento da ação rescisória quando a coisa julgada material é superveniente, desde que não se altere o conteúdo do julgado impugnado.

Vale ainda destacar que muitos admitem o cabimento da ação rescisória contra o pronunciamento jurisdicional fundado no inciso V do art. 267 do CPC (perempção, litispendência ou coisa julgada), em razão da impossibilidade da repositura da ação.

### ***3.1 Sentenças determinativas ou dispositivas estão sujeitas a ação rescisória?***

Segundo o art. 471 do CPC, “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”.

Portanto, o inciso I do art. 471 se reporta às relações jurídicas continuativas, vale dizer, àquelas cujos efeitos se prolongam no tempo de forma permanente ou sucessiva, como alimentos, benefícios previdenciários, guarda de filhos, alugueres, vencimentos etc.

A sentença que decide uma relação jurídica continuativa é chamada normalmente de determinativa ou dispositiva – categoria cuja verdadeira existência é bastante discutível.

Mas é possível dizer que essa sentença – determinativa ou dispositiva – faz coisa julgada material?

Existem três posições a respeito do assunto:

- a) não ocorre coisa julgada material, em razão da possibilidade da superveniência de modificação do estado de fato ou de direito, que não se compatibiliza com a segurança jurídica prometida pela coisa julgada – essa posição pode ser percebida na Lei de Alimentos, cujo art. 15

assim estabelece: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”;

- b) há uma coisa julgada material condicionada a permanência do estado de fato ou de direito – a sentença contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*;
- c) há uma coisa julgada material que não está condicionada a absolutamente nada, porque a modificação do estado de fato ou de direito implica uma nova causa, em razão da alteração da causa de pedir – ocorreu o trânsito em julgado com relação aos elementos anteriores da demanda.

Prevalece em nosso Direito a terceira posição.

Assim, a ação rescisória não pode ser utilizada para se obter um novo provimento jurisdicional pela simples modificação do estado de fato ou de direito. Para isso, a parte dispõe da chamada ação revisional, que na verdade nada revisa, porque o juiz estará decidindo uma nova demanda, fundada numa nova causa de pedir.

Nada impede, porém, que a rescisória seja utilizada contra a sentença determinativa ou dispositiva, caso ocorra uma das situações previstas nos incisos do art. 485 do CPC.

### **3.2 Sentenças proferidas em execução se sujeitam à ação rescisória?**

Para saber se a sentença proferida na execução se sujeita à ação rescisória, é preciso indagar duas coisas:

- a) Há sentença de mérito em execução?
- b) Há formação de coisa julgada material em execução?

A doutrina discute bastante sobre a existência de sentença de mérito em execução, visto que nela o juiz não julga um pedido procedente ou improcedente.

De acordo com o CPC, “Extingue-se a execução quando: I – o devedor satisfaz a obrigação; II – o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III – o credor renuncia ao crédito” (art. 794); mas “a extinção só produz efeito quando declarada por sentença” (art. 795).

Todavia, contrastando tais dispositivos legais com o disposto nos arts. 267 e 269 do CPC, chegamos à conclusão de que existem outros casos de sentença no processo de execução.

Faltando uma condição da ação ou um pressuposto processual, por exemplo, cabe ao juiz proferir sentença processual, extinguindo o processo de execução sem resolução do mérito, conforme o disposto nos incisos IV, V e VI do CPC, mesmo que tais hipóteses não tenham sido mencionadas expressamente pelo art. 794 do CPC.

Por outro lado, salta aos olhos como os casos de cumprimento – espontâneo – da obrigação, a transação e a renúncia ao crédito, previstos nos incisos I, II e III do art. 794, encaixam-se perfeitamente nas hipóteses de reconhecimento jurídico ou reconhecimento da procedência do pedido, da transação e da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, previstas nos incisos II, III e V do art. 269 do CPC.

Até mesmo a hipótese prevista no inciso IV do art. 269 do CPC (“quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”), não mencionada no art. 794 do CPC, aplica-se à execução, proferindo o juiz, em tal situação, sentença de mérito atípica.

Assim, existindo sentença de mérito na execução, a consequência lógica é a produção da coisa julgada material e, por conseguinte, a possibilidade de utilizar a ação rescisória.

### ***3.3 Sentenças proferidas em processo cautelar estão sujeitas à ação rescisória?***

Igualmente ao que se fez com relação à execução, cabe aqui perguntar: sentença proferida no processo cautelar pode ser impugnada pela via da ação rescisória?

Indiscutível é a formação da coisa julgada formal no processo cautelar. Centram-se as divergências, fundamentalmente, na formação da coisa julgada material.

O Código parece confuso a esse respeito, mas oferece algumas pistas nos arts. 808, 810 e 817.

Tratam os incisos do art. 808 do CPC das causas de cessação da eficácia da medida cautelar (se a parte não intentar a ação principal no trintídio legal, se a medida cautelar não for efetivada ou executada no prazo de trinta dias e se o juiz extinguir o processo principal, com ou sem o julgamento do mérito).

Estabelece ainda o art. 808, em seu parágrafo único, que se, por qualquer motivo, cessar a eficácia da medida cautelar, será defeso à parte

repetir o pedido, salvo novo fundamento.

Como a coisa julgada material pressupõe a tríplex identidade (igualdade de partes, de causas de pedir e de pedidos), a exigência do novo fundamento para a renovação do pedido significa inexoravelmente o trânsito em julgado da causa anterior.

Portanto, a sentença declaratória da cessação da eficácia da medida cautelar, ainda que não seja propriamente *de mérito* (como também não o são as hipóteses previstas no CPC, art. 269, II ao V), quando inimpugnável, revestir-se-á da autoridade da coisa julgada material.

Igualmente de mérito é a decisão do pedido cautelar, fundada no inciso I do art. 269 do CPC.

A lide – ou o mérito – cautelar é representada pelo pedido do requerente e não se confunde com a lide – ou o mérito – principal.

Os requisitos para a concessão do pedido cautelar são, fundamentalmente, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Não se discute na cautelar a existência do próprio direito material – discutida no processo principal.

Ressalte-se, porém, que o julgado proferido no processo cautelar não faz coisa julgada material no processo principal, salvo “se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor” (art. 810 do CPC), pois o indeferimento da medida cautelar “não obsta a que a parte intente a ação [principal], nem influi no julgamento desta” (art. 810 do CPC) e, “ressalvado o disposto no art. 810, a sentença proferida no arresto não faz coisa julgada na ação principal” (art. 817 do CPC).

Não faria mesmo qualquer sentido se tal ocorresse. Se, como dissemos anteriormente, a lide cautelar é distinta da lide principal, como poderia a sentença cautelar fazer coisa julgada no processo principal?

Portanto, a sentença proferida no processo cautelar está sujeita à ação rescisória.

#### **4. Hipóteses de rescindibilidade (causa de pedir)**

Os incisos do art. 485 do CPC tratam das hipóteses de rescindibilidade ou da causa de pedir da ação rescisória.

Assim, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I – Se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz

O crime de prevaricação (Art. 319 do CP: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”), de concussão (Art. 316 do CPC: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”) ou de corrupção (Art. 317 do CPC: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”) pode ser provado em processo criminal ou na própria ação rescisória.

Havendo processo penal, a condenação do juiz no juízo criminal vinculará o tribunal quanto ao julgamento da ação rescisória – eficácia positiva da sentença penal condenatória.

Já a absolvição do juiz na esfera criminal não impedirá a procedência da rescisória, exceto se o motivo da absolvição for a negativa de autoria ou a inexistência do fato – aplicação à rescisória das regras relativas a ação civil *ex delicto* (arts. 935 do CC e 66 do CPP).

II – Proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente

A suspeição (diz respeito a aspectos subjetivos) e a incompetência relativa (diz respeito ao interesse particular) não ensejam ação rescisória, como o impedimento e a incompetência absoluta.

Interessante notar que a incompetência de foro pode ensejar o uso da ação rescisória, desde que seja absoluta. Por exemplo: é absoluta a incompetência quando proposta ação real imobiliária em foro diverso do estabelecido pelo art. 95 do CPC (foro da situação do imóvel).

Deve ensejar rescisória o impedimento de apenas um dos integrantes do órgão colegiado que proferiu o acórdão?

Há duas correntes:

- a) a rescisória deve ser rechaçada se a alteração do voto do julgador não modificar o resultado do acórdão, ainda que tenha proferido um dos votos vencedores (assim decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça);
- b) a rescisória deve ser julgada procedente se o julgador proferiu um dos votos vencedores, ainda que a modificação do seu voto não altere o resultado

do acórdão, porque não se pode medir o grau de influência que um julgador pode ter sobre os demais julgadores, ainda mais quando ele é o relator do recurso ou da ação de competência originária (posição majoritária da doutrina).

Essas posições se repetem quando o integrante do órgão colegiado proferiu o voto com prevaricação, concussão ou corrupção.

III – Resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei

Dolo rescisório significa o emprego de meios fraudulentos ou desleais por uma das partes – especialmente daqueles que dificultam a atuação do adversário –, com o objetivo de prejudicar a parte contrária, afastando o juiz do melhor resultado do processo. Por exemplo: subtração de um documento dos autos do processo.

É preciso que exista um nexo de causalidade entre o dolo e o resultado do processo.

Conforme o item I da Súmula 403 do TST, “Não caracteriza dolo processual, previsto no art. 485, III, do CPC, o simples fato de a parte vencedora haver silenciado a respeito de fatos contrários a ela, porque o procedimento, por si só, não constitui ardid do qual resulte cerceamento de defesa e, em consequência, desvie o juiz de uma sentença não condizente com a verdade”.

Ademais, consoante o item II da mesma Súmula 403 do TST, “Se a decisão rescindenda é homologatória de acordo, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide”.

Já a colusão rescisória significa o conluio fraudulento ou desleal entre as partes para afastar o juiz do melhor resultado para o processo, obter resultado proibido pelo ordenamento jurídico. Por exemplo: anulação de casamento fraudulenta.

Discute-se na doutrina sobre a possibilidade do ajuizamento da rescisória contra sentença produzida em processo simulado, vale dizer, em processo caracterizado pela ausência de um verdadeiro litígio fundamentalmente para prejudicar terceiros.

Predomina o entendimento de que o processo simulado é também

fraudulento, razão pela qual a sentença nele proferida desafia rescisória.

#### IV – Ofender a coisa julgada

Formando-se uma segunda coisa julgada material, a rescisória será proposta para preservar a primeira, razão pela qual normalmente não haverá necessidade de juízo rescisório (rejulgamento da lide).

Há grande divergência a respeito de qual das coisas julgadas deve prevalecer quando ultrapassado o prazo legal para a propositura da ação rescisória.

Para alguns, a primeira deve prevalecer porque faltaria interesse de agir com relação à segunda, que, então, seria inexistente. Ou porque a segunda foi produzida em ofensa à primeira.

Outros, porém, entendem que prevalece a segunda, porquanto existente a coisa julgada, que viola uma norma processual, mas não foi adequadamente impugnada por meio da ação rescisória.

#### V – Violar literal disposição de lei

O dispositivo diz respeito à violação manifesta de norma jurídica, pois se admite rescisória por violação a lei de qualquer espécie – inclusive às cláusulas gerais materiais e processuais –, por violação à Constituição Federal, por violação aos tratados, por violação às medidas provisórias etc.

Mas não cabe rescisória por violação a súmula de qualquer espécie, inclusive as súmulas vinculantes.

Diz a Súmula 343 do STF que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Assim também se posiciona o TST, no item I da Súmula 83: “Não procede o pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional, de interpretação controvertida nos Tribunais”.

Da mesma forma se posiciona o Superior Tribunal de Justiça, embora não tenha editado Súmula sobre o assunto.

Por curiosidade, o extinto TRF, no mesmo caminho do STF e do TST, havia editado a Súmula 134, com o seguinte teor: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora

posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.

Portanto, segundo o entendimento dos Tribunais Superiores, a decisão do juiz apoiada em jurisprudência não pode ser rescindida por violação literal de dispositivo legal.

Como decorrência da Súmula 343 do STF, os Tribunais Superiores não admitem rescindir julgado por mutação jurisprudencial – após o trânsito em julgado, a interpretação que o juiz deu à lei passou a ser contrariada pela jurisprudência. Por exemplo: o juiz profere decisão, apoiado na jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça; depois do trânsito em julgado, a jurisprudência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça se modifica, passando a adotar entendimento diverso; não cabe rescisória para desconstituir o julgado e fazer prevalecer o novo entendimento.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal entende como não aplicável a Súmula 343 à matéria constitucional, especialmente quando objeto de decisão da própria Corte Suprema.

Essa posição tem aberto caminho para diversas rescisórias fundadas em novas decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive e principalmente sobre matéria tributária, estabelecendo um estado de completa insegurança jurídica e de desconfiança no sistema jurídico.

“Cuida-se de embargos de divergência em que se discutiu a possibilidade de a parte vencida, na ação rescisória (AR), interpor recurso especial (REsp) voltado contra o próprio mérito da ação. Note-se que esse julgamento definiu se o REsp interposto nos autos de AR fundada em ofensa ao art. 485, V, do CPC (violação de literal disposição de lei) deve, obrigatoriamente, limitar-se aos fundamentos do acórdão recorrido, ou se é possível adentrar a análise das próprias razões do acórdão rescindendo. Ressaltou-se que a definição da matéria terá reflexo na admissibilidade dos recursos especiais derivados de ação rescisória fundada no citado dispositivo legal. Para a tese vencedora inaugurada em voto vista do Min. Luiz Fux, o REsp, na AR, ao deduzir violação do art. 485, V, do CPC pela decisão rescindenda, ultrapassa os lindes do pedido de desconstituição e invade o próprio mérito daquele provimento jurisdicional, tanto mais que a ruptura da coisa julgada no *iudicium rescindens* conduz ao rejuízo, qual seja, o *iudicium rescissorium*. Diante do exposto, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, firmou o entendimento de que, na ação rescisória baseada em

violação de literal disposição de lei, o mérito do recurso especial se confundiria com os próprios fundamentos para a propositura da ação rescisória, autorizando o STJ a examinar também o acórdão rescindendo” (STJ – EREsp 1.046.562-CE, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgados em 2-3-2011).

VI – Se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória

Pouco importa que a falsidade seja material ou ideológica. Se houver um nexo entre a falsidade e o resultado do processo, o pronunciamento jurisdicional poderá ser desconstituído pela ação rescisória.

Também não importa que a falsidade fosse apurável no processo em que o pronunciamento jurisdicional rescindendo foi prolatado.

Há dúvidas, porém, sobre o aproveitamento da decisão de falsidade documental prolatada em ação declaratória.

Entendemos que a decisão proferida na ação declaratória vincula o juízo da ação rescisória, porque produz coisa julgada material.

VII – Depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável

O documento pode ser público ou particular, exceto se a lei exigir o instrumento público (art. 366 do CPC).

Por outro lado, documento novo não significa documento superveniente, nem documento que não foi juntado por desídia da parte, mas documento que já existia no momento da prolação da sentença e era desconhecido ou não pôde ser juntado aos autos, por circunstância alheia à vontade da parte.

Ademais, o documento, para ensejar a ação rescisória, deve ser suficiente para modificar o resultado do julgamento.

Por fim, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cabimento da ação rescisória fundada no inciso VII do art. 485 do CPC, quando o autor apresenta exame de DNA realizado após o trânsito em julgado – esse, porém, não é um documento novo nos exatos limites estabelecidos pelo inciso VII do art. 485 do CPC.

VIII – Houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença

Em obra clássica sobre a ação rescisória, Sérgio Rizzi defende que a palavra “confissão” seja substituída pela expressão “reconhecimento jurídico do pedido”, e que a palavra “desistência” seja substituída pela expressão “renúncia ao direito”, tendo em vista que o objeto da rescisão é um pronunciamento de mérito (art. 269 do CPC).

Realmente a confissão não consta entre as hipóteses do art. 269 do CPC, porque é um meio de prova.

E a desistência da ação é uma hipótese de sentença processual, consoante o disposto no art. 267 do CPC.

Por sua vez, Barbosa Moreira conjuga o inciso VIII do art. 485 do CPC com o inciso II do art. 352 do CPC, para manter a sentença fundada em confissão anulável como hipótese de rescindibilidade.

Com apoio no art. 352 do CPC, entende o referido autor que, pendente o processo em que foi realizada a confissão, caberá a ação anulatória do art. 486 do CPC (a confissão pode ser anulada por coação ou erro de fato, conforme dispõe o art. 214 do CC); ocorrido o trânsito em julgado da sentença que teve a confissão como único fundamento, caberá ação rescisória (art. 486 do CPC) – a rescisória não servirá para invalidar a confissão, mas para rescindir o julgado (fundamentado unicamente em confissão).

Assim, para Barbosa Moreira, caberá rescisória para desconstituir a sentença apoiada unicamente em confissão, ou fundada em reconhecimento jurídico do pedido, em transação ou em renúncia ao direito.

Vale acrescentar que a confissão referida pelo inciso VIII do art. 485 do CPC não é a confissão ficta ou presunção de veracidade do art. 319 do CPC, mas a confissão disciplinada pelos arts. 348 a 354 do CPC.

Nesse sentido, aliás, é a Súmula 404 do TST: “O art. 485, VIII, do CPC, ao tratar do fundamento para invalidar a confissão como hipótese de rescindibilidade da decisão judicial, refere-se à confissão real, fruto de erro, dolo ou coação, e não à confissão ficta resultante de revelia”.

IX – Fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa

Ao contrário do que diz o legislador, o erro de fato (por uma má percepção do julgador, admite-se como existente um fato inexistente, ou vice-versa – § 1º do art. 485 do CPC) deve ser verificável do exame dos “autos”, ou

seja, é um erro que resulta de uma leitura equivocada dos “autos do processo”. Por exemplo: o sentença supõe que não existe comprovante de pagamento nos autos, quando este se faz presente.

É preciso que haja um nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do julgado rescindendo. Por outras palavras: sem o erro de fato, a conclusão do julgado seria outra.

Por outro lado, não pode ter ocorrido controvérsia, nem muito menos pronunciamento jurisdicional sobre o assunto, conforme dispõe o § 2º do art. 485 do CPC.

## 5. Prazo

O prazo para a propositura da ação rescisória é de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado do pronunciamento jurisdicional.

Trata-se de prazo decadencial, porquanto referente a um direito potestativo. E como a decadência é legal, pode ser declarada de ofício pelo relator ou pelo colegiado (art. 210 do CC).

Ao contrário da decadência legal, a decadência convencional não pode ser declarada de ofício pelo julgador (art. 211 do CC).

Uma questão, porém, atormenta os operadores do Direito: qual o termo *a quo* do prazo da rescisória quando o recurso interposto não é conhecido devido a ausência de um pressuposto recursal?

Há, fundamentalmente, três correntes a respeito do assunto:

- a) o prazo retroage ao trânsito em julgado da decisão anterior ao acórdão que não conheceu do recurso;
- b) o prazo tem início com o trânsito em julgado da decisão que não conheceu do recurso;
- c) o prazo tem início com o trânsito em julgado da decisão que não conheceu do recurso, exceto se o motivo da inadmissibilidade foi a intempestividade.

A primeira posição deve ser descartada. Sua justificativa é a natureza declaratória da decisão de inadmissibilidade do recurso, que teria eficácia *ex tunc*. A adoção dela, no entanto, poderia gerar uma enorme injustiça, pois a parte não pode obrigar o tribunal a apreciar o recurso no prazo de dois anos. Assim, julgado inadmissível o recurso após o prazo de dois anos, teria transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória. Para evitar que isso

ocorresse, alguns, provavelmente, não esperariam o transcurso do prazo e promoveriam ação rescisória condicional. Não é o desejado.

Embora tenhamos preferência por uma delas, achamos que a segunda e a terceira posições são igualmente razoáveis.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça adota a segunda posição, ou seja, o prazo tem início com o trânsito em julgado da última decisão proferida, mesmo que essa apenas declare a inadmissibilidade do recurso, inclusive por intempestividade.

Já o Tribunal Superior do Trabalho trata do assunto no item III de sua Súmula 100: “Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial”.

Outra questão igualmente interessante é a seguinte: a interposição de recurso sobre parte do pronunciamento jurisdicional abrirá o prazo para a propositura da ação rescisória sobre a parte não impugnada?

A questão diz respeito ao tema dos capítulos de sentença.

Duas são as principais teorias a respeito dos capítulos de sentença:

- a) capítulos são decisões de questões autônomas (partes, unidades, frações) na fundamentação e no dispositivo da sentença;
- b) capítulos são decisões de questões autônomas (partes, unidades, frações) no dispositivo da sentença.

A doutrina brasileira prefere a segunda posição, limitando os capítulos ao dispositivo da sentença. Assim, são capítulos, por exemplo: a decisão de cada pedido formulado pelo autor; a decisão a respeito dos honorários advocatícios; e a decisão da denunciação da lide.

Os capítulos podem ensejar diversas consequências práticas, como, por exemplo: a possibilidade de liquidar um capítulo e de executar outro capítulo simultaneamente; a possibilidade de executar um capítulo pelo art. 475-J do CPC e o outro capítulo pelo art. 461 do CPC; e a possibilidade de receber a apelação apenas no efeito devolutivo quanto a um dos capítulos e nos efeitos devolutivo e suspensivo quanto ao outro capítulo.

Então, refazendo a pergunta: a impugnação de apenas um capítulo da sentença abre o prazo para impugnação do outro capítulo da sentença por meio da ação rescisória?

O Superior Tribunal de Justiça resolveu a questão com a edição da Súmula 401: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, ainda que não negue a tese dos capítulos, adotou uma posição pragmática, tentando evitar a propositura de mais de uma ação rescisória com relação ao mesmo processo.

Já o Tribunal Superior do Trabalho possui posição diametralmente oposta à do Superior Tribunal de Justiça, como se pode perceber pela leitura do item II de sua Súmula 100: “Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial”.

## **6. Legitimidade**

A legitimidade ativa na ação rescisória será das partes originárias (o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a revelia não impede a rescisória do revel), dos seus sucessores, do terceiro juridicamente interessado e do Ministério Público.

A parte originária, ou seja, aquele que pede ou em face de quem se pede em juízo, tem legitimidade para promover ação rescisória. Devem ser compreendidos como parte: o litisconsorte; o oponente e os opostos; o nomeante e o nomeado à autoria; o chamado ao processo; o denunciante e o denunciado à lide; o assistido e o assistente litisconsorcial – que é parte, como seu viú anteriormente, porque a lide lhe diz respeito, na medida em que a sentença pode atingir diretamente – e não reflexamente – seu patrimônio jurídico.

O sucessor da parte também tem legitimidade para promover ação rescisória. Assim, por exemplo, se houver o falecimento de uma das partes ou a alienação do bem litigioso ou, ainda, a cessão do crédito litigioso, o sucessor, titular do direito hipotético, poderá promover a ação.

Já o terceiro juridicamente interessado (não basta interesse de fato, moral ou econômico) é, normalmente, aquele que poderia atuar no processo originário como assistente simples – a sentença poderia atingir reflexamente uma relação jurídica sua. Exemplo clássico é o do sublocatário numa ação de despejo

proposta pelo locador em face do locatário.

Segundo o inciso III do art. 487 do CPC, a legitimidade do Ministério Público se dá em duas hipóteses: “se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção”; e “quando a sentença é efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei”.

No entanto, parece assistir razão ao Tribunal Superior do Trabalho, para quem “A legitimidade *ad causam* do Ministério Público para propor ação rescisória, ainda que não tenha sido parte no processo que deu origem à decisão rescindenda, não está limitada às alíneas *a* e *b* do inciso III do art. 487 do CPC, uma vez que traduzem hipóteses meramente exemplificativas” (Súmula 407 do TST).

Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Já a legitimidade passiva não é disciplinada pelo Código, mas pertence às partes originárias do processo e seus sucessores, como também aos titulares de relações jurídicas que podem ser atingidas pelo acórdão da rescisória.

Pensamos que o Advogado deve ser citado na ação rescisória proposta quanto a decisão a respeito dos honorários sucumbenciais.

Embora a matéria não seja exatamente pacífica, prevalece o entendimento segundo o qual o litisconsórcio **ativo** entre as partes originárias será **unitário** (decisão igual para todos) e **facultativo** (formação não obrigatória) e o litisconsórcio **passivo** entre as partes originárias será **unitário** (decisão igual para todos) e **necessário** (formação obrigatória).

Nesse sentido, aliás, é o item I da Súmula 406 do TST: “O litisconsórcio, na ação rescisória, é necessário em relação ao polo passivo da demanda, porque supõe uma comunidade de direitos ou de obrigações que não admite solução dispar para os litisconsortes, em face da indivisibilidade do objeto. Já em relação ao polo ativo, o litisconsórcio é facultativo, uma vez que a aglutinação de autores se faz por conveniência, e não pela necessidade decorrente da natureza do litígio, pois não se pode condicionar o exercício do direito individual de um dos litigantes no processo originário à anuência dos demais para retomar a lide”.

## 7. Competência

Os Tribunais Superiores julgarão as rescisórias contra os seus próprios julgados (CF, art. 102, I, *j* – Supremo Tribunal Federal; CF, art. 105, I, *e* – Superior Tribunal de Justiça) e os Tribunais Locais, como os Tribunais Regionais

Federais (CF, art. 108, I, *b*) e os Tribunais de Justiça (CF, art. 125, § 1º), julgarão as rescisões contra os seus próprios julgados e contra os julgados dos juízes a eles vinculados.

Mas a rescisória será proposta no Tribunal Regional Federal da respectiva região, quando o juiz de direito estiver investido de jurisdição federal delegada (§ 3º do art. 109 da CF).

Se não for conhecido o recurso (por exemplo, o recurso ordinário constitucional) interposto perante o Superior Tribunal de Justiça (ou o Supremo Tribunal Federal), contra uma decisão de um Tribunal Regional Federal (ou de um Tribunal de Justiça), a rescisória deve ser proposta no Superior Tribunal de Justiça (ou no Supremo Tribunal Federal) ou no Tribunal Regional Federal (ou no Tribunal de Justiça)?

A rescisória deve ser proposta no Tribunal Regional Federal (ou no Tribunal de Justiça), vale dizer, no órgão *a quo*, já que não houve o efeito substitutivo mencionado pelo art. 512 do CPC. Tal posição foi consolidada pelo TST no item I da Súmula 192: “Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II”.

Diferentemente aconteceria se o Superior Tribunal de Justiça (ou o Supremo Tribunal Federal) negasse provimento ao recurso (por exemplo, ao recurso ordinário constitucional). Em tal situação a rescisória seria proposta no próprio Superior Tribunal de Justiça (ou no Supremo Tribunal Federal), vale dizer, no órgão *ad quem*, porque haveria o efeito substitutivo.

Aliás, se o Tribunal *ad quem* apreciar parte do mérito, caberá a ele apreciar a rescisória a respeito de todo o mérito, não havendo dissociação da competência.

O contrário também é verdadeiro, conforme o teor da Súmula 515 do STF: “A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diverso da que foi suscitada no pedido rescisório”. A razão é óbvia: não havendo julgamento de mérito do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria (a Súmula se refere à matéria federal, porque, antes da CF de 1988, o Supremo, por meio do recurso extraordinário, apreciava essa matéria), não se pode falar no efeito substitutivo do art. 512 do CPC.

Uma questão interessante: se o Tribunal *ad quem* realizar uma

apreciação substancial do mérito, mas formalmente declarar que não conheceu do recurso (por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça não conhece do recurso especial porque reconhece que não houve violação à lei federal), a rescisória deve ser proposta no Tribunal *ad quem* ou no Tribunal *a quo*?

Nesse caso a rescisória deve ser dirigida ao Tribunal *ad quem*, como bem explica a Súmula 249 do STF: “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”.

Nesse mesmo sentido é o item II da Súmula 192 do TST: “Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Para finalizar, vale destacar que no Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que “ajuizada a ação rescisória em Juízo incompetente, impõe-se a extinção do processo sem julgamento de mérito, e não a remessa do feito ao órgão competente” (AgRg na AR 4.749/SP, 2011).

## **8. Juízos e natureza jurídica**

Na rescisória o tribunal realiza dois juízos distintos: o rescindendo, pelo qual o tribunal rescinde o julgado; e o rescisório, pelo qual o tribunal faz um novo julgamento da lide.

Quanto ao juízo rescindendo, pode-se dizer que a rescisória tem natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa.

Já no que respeita ao juízo rescisório, a rescisória pode apresentar qualquer natureza (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*).

O juízo rescisório pode ser desnecessário. Por exemplo: quando a rescisória é proposta com fundamento no inciso IV do art. 485 do CPC (ofensa à coisa julgada), normalmente o tribunal não realiza juízo rescisório, porque prevalece a primeira coisa julgada.

## 9. Procedimento

A petição inicial da rescisória obedecerá aos requisitos do art. 282 do CPC (juízo competente; qualificações das partes; causa de pedir; pedido; valor da causa; requerimento de citação; e provas), mas o autor também deverá: cumular o pedido rescindendo e o pedido rescisório, quando for o caso; e realizar um depósito de 5% sobre o valor da causa, que será revertido para o réu, caso a rescisória seja julgada inadmissível ou improcedente por unanimidade (art. 488 do CPC).

Diversos julgados dispensam o autor de realizar a cumulação dos pedidos rescindente e rescisório, porque consideram o pedido rescisório implícito no pedido rescindendo.

Por outro lado, segundo o parágrafo único do art. 488 do CPC, estão dispensados do depósito a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público.

Evidentemente, o Distrito Federal e os territórios – quando forem criados – também estão dispensados do depósito.

Ademais, o art. 24-A da Medida Provisória 2.180-35, de 2001, dispensa a União, suas autarquias (inclusive o INSS – Súmula 175 do STJ) e fundações do depósito previsto no inciso II do art. 488.

Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui entendimento consolidado de dispensar os beneficiários de justiça gratuita desse mesmo depósito (Súmula 108 do TJRJ).

Esse, aliás, é o entendimento jurisprudencial dominante.

De qualquer maneira, a falta da cumulação de pedidos e do depósito são causas de emenda da petição inicial, como se pode inferir da leitura do art. 284, do § 2º do art. 511 e do § 4º do art. 515 do CPC.

A inicial da rescisória pode ser indeferida por qualquer das matérias do art. 295 do CPC ou pela ausência do depósito (art. 490 do CPC), desde que o vício não seja sanado pelo autor.

Se a inicial for indeferida, caberá agravo interno ou regimental.

Caso não haja indeferimento da inicial, o relator mandará citar o réu, assinalando-lhe prazo para a apresentação de resposta, entre quinze e trinta dias (art. 491 do CPC).

É controvertida a possibilidade de aplicar à resposta do réu os prazos especiais referidos nos arts. 188 (prazo em quádruplo para a Fazenda Pública e o

Ministério Público) e 191 (prazo em dobro para os litisconsortes com procuradores diferentes) do CPC.

A falta de contestação acarretará a revelia, mas não produzirá confissão ficta ou presunção de veracidade (art. 319 do CPC), porque o réu tem a seu favor a coisa julgada – como diz Bernardo Pimentel Souza, a coisa julgada é um direito indisponível, fazendo incidir a regra do inciso II do art. 320 do CPC.

A respeito do assunto, o Tribunal Superior do Trabalho produziu a Súmula 398: “Na ação rescisória, o que se ataca na ação é a sentença, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim sendo, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não produz confissão na ação rescisória”.

E da mesma forma vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

O réu poderá apresentar exceção, contestar ou reconvir para pedir também a rescisão do julgado atacado pelo autor da rescisória.

Sendo indeferida a petição inicial da reconvenção, o reconvinte poderá interpor agravo interno no prazo de cinco dias.

Se houver necessidade de produção de prova, o relator delegará competência ao juiz do foro onde deva ser produzida, fixando prazo (impróprio) entre quarenta e cinco e noventa dias (art. 492 do CPC).

Vale anotar que o relator poderá determinar de ofício a produção das provas que julgar indispensáveis ao deslinde da controvérsia, em consonância com o disposto no art. 130 do CPC.

Por outro lado, se o relator indeferir qualquer pedido de produção de prova, caberá agravo interno no prazo de cinco dias.

Encerrada a instrução, o relator abrirá vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de dez dias, para a apresentação de razões finais (art. 493 do CPC).

Posteriormente o Ministério Público será ouvido e, na sequência, ocorrerá o julgamento.

O tribunal fará o juízo rescindendo e, conforme o caso, o juízo rescisório.

A decisão colegiada do tribunal desafiará: embargos de declaração, nas hipóteses do art. 535 do CPC; embargos infringentes, na hipótese do art. 530 do CPC (apenas se o pedido for julgado procedente por maioria de votos); recurso

especial, nas hipóteses do inciso III do art. 105 da CF; ou recurso extraordinário, nas hipóteses do inciso III do art. 102 da CF.

## 10. Suspensão do cumprimento de sentença

Antes da reforma do CPC procedida em 2006, havia grande controvérsia sobre a possibilidade de suspensão da execução do julgado rescindendo por meio de tutela cautelar ou de tutela antecipada.

Alguns diziam que a suspensão não seria possível porque, se a propositura da própria rescisória não suspenderia a execução, como uma tutela cautelar ou uma tutela antecipada poderia suspender a execução?

Argumentavam ainda que contra a coisa julgada não existiria *fumus boni juris*.

Assim, por exemplo, entendia o extinto Tribunal Federal de Recursos, que editou a Súmula 234 com o seguinte teor: “Não cabe medida cautelar em ação rescisória para obstar os efeitos da coisa julgada”.

Outros, no entanto, defendiam a possibilidade de suspensão da execução, argumentando que o cumprimento do julgado rescindendo poderia causar o dano irreparável para o autor da rescisória.

Após algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a concessão de tutela antecipada para suspender a execução do julgado rescindendo, o art. 489 do CPC foi alterado para contemplar a possibilidade de concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada em ação rescisória: “O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”.

O pedido de tutela cautelar ou de tutela antecipada para suspender a eficácia do julgado rescindendo pode ser apreciado pelo próprio relator da ação rescisória. A decisão deste desafiará agravo interno.

Vale ressaltar que, além da ação rescisória, outras ações autônomas de impugnação podem ser propostas pelo executado (ação declaratória de inexistência de débito; ação de consignação em pagamento; ação anulatória), e não apenas a impugnação ao cumprimento de sentença (para a execução de título judicial) e os embargos à execução (para a execução de título extrajudicial).

A simples propositura de uma ação autônoma não suspende a execução ou o cumprimento do pronunciamento jurisdicional.

Mas a suspensão sempre pode ser requerida por meio de tutela antecipada ou de tutela cautelar.

## **11. Ação anulatória**

Segundo o art. 486 do CPC, os “atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Assim, dispõe o art. 486 do CPC sobre a ação anulatória, que tem por finalidade anular atos processuais, especialmente atos praticados pelas partes (e não os “atos judiciais,” como afirma a lei, erroneamente), que não dependam de sentença ou cujas sentenças sejam meramente homologatórias (“sentenças meramente homologatórias” e “sentenças homologatórias” são expressões sinônimas), como, por exemplo, o reconhecimento jurídico pedido, a transação, a renúncia ao direito de recorrer, a desistência do recurso, a arrematação, a adjudicação, e a alienação por iniciativa particular.

O grande problema do art. 486 do CPC é a sobreposição com a ação rescisória nas hipóteses do inciso VIII do art. 485 do CPC: “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”.

Para alguns, capitaneados por Barbosa Moreira, deve prevalecer para todos os casos (confissão, reconhecimento jurídico do pedido, transação e renúncia ao direito) a regra prevista no art. 352 relativamente à confissão: antes do trânsito em julgado, caberá ação anulatória; depois do trânsito em julgado, caberá rescisória (no caso da confissão, esta deve ser o único fundamento da sentença).

Outros entendem que tudo depende do aprofundamento da sentença: se o juiz julgou o pedido interpretando a transação (questão prejudicial ou fundamento da sentença), por exemplo, cabe rescisória; se o juiz apenas homologou a transação, por exemplo, cabe anulatória.

Há também quem entenda o seguinte: se o juiz, ao homologar, fizer considerações acerca do mérito, cabe ação rescisória; se o juiz apenas homologar, cabe ação anulatória.

Segundo o art. 178 do CC, “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia

em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

O prazo é decadencial, porque se refere a um direito potestativo. E a decadência é legal, razão pela qual pode ser declarada de ofício pelo juiz (art. 210 do CC).

Por outro lado, a ação anulatória, ao contrário da ação rescisória, deve ser proposta em primeira instância, distribuída por dependência para o mesmo juízo que está processando ou processou a causa (art. 108), e deve ser adotado o rito comum (art. 271 do CPC), não exigindo o trânsito em julgado, nem o depósito de cinco por cento sobre o valor da causa.

Ressalte-se, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o uso da ação popular como via adequada para desconstituir acordo judicial transitado em julgado considerado danoso ao erário.

## **12. Ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis* ou *querela nullitatis insanabilis*)**

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cabimento de uma medida remanescente do Direito medieval, a *querela nullitatis* ou *querela nullitatis insanabilis*, fundamentalmente para os casos de sentença proferida em processo cuja citação não ocorreu (citação inexistente) ou foi realizada de forma inválida (citação nula).

A *querela nullitatis* pode ser proposta em qualquer tempo, não se sujeitando a prazo decadencial ou prescricional.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende que a falta e a nulidade de citação são vícios transrescisórios, porque podem ser alegados – por meio da *querela nullitatis* – mesmo depois de escoado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória.

Aliás, o próprio Código trata a falta e a nulidade da citação como vícios transrescisórios, porque podem ser alegados em impugnação ao cumprimento de sentença (inciso I do art. 475-L do CPC) e em embargos à execução opostos pela Fazenda Pública (inciso I do art. 741 do CPC), mesmo quando encerrado o prazo da rescisória.

Assim, raciocinam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça: se podem ser alegados em impugnação ao cumprimento de sentença e em

embargos à execução, por que não poderiam ser alegados em ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*)?

Ademais, diz o *caput* do art. 47 do CPC que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes necessários.

Trata-se de longa controvérsia doutrinária: a falta de citação do litisconsorte necessário no processo acarreta a ineficácia, a nulidade ou a inexistência da sentença nele proferida?

Seja como for, a maioria – incluindo-se nela o Superior Tribunal de Justiça – admite a utilização da *querela nullitatis* para a hipótese de falta de citação de litisconsorte necessário.

Para nós, existe uma correlação direta entre a *querela nullitatis* e os pressupostos processuais de existência.

Entendemos que os pressupostos processuais são requisitos para a **existência** (pressupostos de constituição) e a **validade** (pressupostos de desenvolvimento válido e regular) do processo.

Os pressupostos processuais de existência, vinculados fundamentalmente à relação processual, são:

- a) demanda;
- b) jurisdição (órgão investido de jurisdição); e
- c) citação.

Já os pressupostos processuais de validade, fundamentalmente vinculados ao procedimento ou a determinado ato processual, são:

- a) petição inicial válida (aquela que preenche os requisitos legais);
- b) competência do juízo e imparcialidade do juízo;
- c) citação válida (aquela que preenche os requisitos legais);
- d) capacidade postulatória, capacidade processual e legitimação processual.

As diferenças fundamentais entre essas duas categorias – pressupostos processuais de existência e pressupostos processuais de validade – são as seguintes:

- a) a falta de um pressuposto de existência acarreta a inexistência do processo (ou de parte dele) e, portanto, a inexistência de sentença, não havendo formação de coisa julgada material. Assim, a medida processual adequada será a ação declaratória de inexistência – da relação jurídica

processual ou do processo –, também chamada de *querela nullitatis*, que não se submete a prazo decadencial ou prescricional;

- b) a falta de um pressuposto processual de validade acarreta a nulidade do processo (ou de parte dele) e, portanto, a nulidade da sentença, mas essa é acobertada pela coisa julgada material, razão pela qual desafia ação rescisória, que deve ser proposta no prazo decadencial de dois anos, contados do trânsito em julgado.

Destarte, a *querela nullitatis* ou ação declaratória de inexistência pode ser proposta sempre que faltar qualquer dos pressupostos processuais de existência (demanda; jurisdição ou citação). Alguns exemplos: juiz proferiu sentença, apesar da falta da citação de um litisconsorte necessário; juiz sentenciou a cautelar e a principal, apesar da falta da citação do réu na principal; juiz proferiu sentença *extra petita* (falta de demanda).

Mesmo sabendo que a medida adequada é a *querela nullitatis*, pode a parte promover ação rescisória?

Para alguns, a falta de um pressuposto processual de existência desafia a *querela nullitatis*, mas não pode desafiar ação rescisória, pois a coisa julgada material – ausente quando falta um pressuposto processual de existência – é condição específica para o exercício dessa ação.

Essa posição é relativizada por outros, que admitem a ação rescisória em razão da fungibilidade de meios processuais.

Vale acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu o cabimento da *querela nullitatis* nos juizados especiais cíveis, embora a Lei não admita a rescisória nestes.

Ademais, conforme tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, a competência para o julgamento da *querela nullitatis* é do juízo que decidiu a causa em primeira instância, porque não há desconstituição da coisa julgada (que, a rigor, não se formou), mas declaração da inexistência da relação jurídica processual ou do processo (ou de ineficácia da decisão para o litisconsorte unitário e necessário que não foi citado, segundo alguns).

## **13. Relativização da coisa julgada**

### **13.1 Coisa julgada e segurança jurídica**

A coisa julgada material significa a qualidade de imutabilidade do dispositivo do pronunciamento jurisdicional de mérito.

Apesar de alguma discussão em sede doutrinária, é possível afirmar que a coisa julgada é um instituto constitucional, porque explicitamente previsto no inciso XXXVI do art. 5º da CF (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”) e implicitamente decorrente do direito fundamental à segurança jurídica e do direito fundamental à jurisdição efetiva ou ao devido acesso à justiça – porque não adianta falar em acesso à justiça sem conceder aos litigantes o direito de ver o conflito solucionado definitivamente, conforme clássica lição de Schwab.

A segurança jurídica está na genética do Direito. Nem precisaria de previsão normativa expressa, mas está prevista no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da CF – que falam em segurança, cláusula geral que compreende inexoravelmente a segurança jurídica.

Decorre, ainda, do Estado Democrático de Direito (preâmbulo, art. 1º e inciso XLIV do art. 5º da CF, entre outros) e da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), porque o Estado deve propiciar o desenvolvimento tranquilo e, portanto, digno das relações entre as pessoas e das relações entre estas e o Estado, conforme a lição de Ingo Sarlet.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental, que se traduz por:

- a) constância, continuidade ou permanência da ordem jurídica;
- b) estabilidade da ordem jurídica;
- c) solidez da ordem jurídica;
- d) clareza ou compreensibilidade sobre direitos e deveres na ordem jurídica;
- e) certeza ou convicção de direitos e deveres na ordem jurídica;
- f) previsibilidade ou calculabilidade de condutas na ordem jurídica;
- g) confiança na ordem jurídica;
- h) legítima expectativa sobre direitos e deveres na ordem jurídica;
- i) lealdade e boa-fé da ordem jurídica;
- j) tranquilidade ou paz jurídica;
- k) credibilidade da ordem jurídica.

Já o direito fundamental à jurisdição efetiva ou ao devido acesso à justiça é consagrado pelo inciso XXXV do art. 5º da CF, exigindo, de um lado, a segurança processual e a razoável duração do processo, e do outro, a máxima coincidência entre o direito material e o direito processual.

### **13.2 A relativização da coisa julgada**

Se a coisa julgada é um instituto previsto pela Constituição Federal, existe algum meio igualmente constitucional para desconstituí-la?

Como vimos anteriormente, a ação rescisória é a medida processual típica para impugnar pronunciamentos jurisdicionais de mérito acobertados pela coisa julgada material.

A rescisória, como a coisa julgada, é um instituto constitucional, porquanto previsto nas competências dos tribunais (alínea *j* do inciso I do art. 102 da CF – para o Supremo Tribunal Federal; alínea *e* do inciso I do art. 105 da CF – para o Superior Tribunal de Justiça; alínea *b* do inciso I do art. 108 da CF – para os Tribunais Regionais Federais, por exemplo).

Ocorre que parcela da doutrina e da jurisprudência vem admitindo o afastamento da coisa julgada material, normalmente por meio de demandas que seguem o rito ordinário, à semelhança da *querela nullitatis*, em situações que não admitem o uso regular da ação rescisória, seja porque o prazo decadencial para a sua propositura já se esgotou, seja porque a situação concreta não se enquadra em qualquer das hipóteses de rescindibilidade do art. 485 do CPC.

Trata-se da chamada relativização, da flexibilização ou da desconsideração da coisa julgada.

A medida utilizada para tanto, na maioria das vezes, é o exercício de uma ação pelo rito ordinário (muitas vezes denominada de ação declaratória de inexistência, de ação declaratória de nulidade, de ação declaratória de ineficácia, ou mesmo de ação anulatória), como se disse anteriormente, mas alguns admitem que a relativização da coisa julgada se dê igualmente por outras vias procedimentais, como o mandado de segurança, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, até mesmo, a própria ação rescisória com o início da contagem do prazo decadencial a partir da nova prova.

### **13.3 Hipóteses de relativização da coisa julgada**

Alguns dos defensores da teoria da relativização da coisa julgada entendem que esta deve ocorrer quando contrariada a Constituição Federal pelo pronunciamento jurisdicional (“todo cidadão espera do Judiciário a defesa da supremacia da Constituição”; “se todos os Poderes se submetem ao controle da constitucionalidade, por que o Judiciário não se submeteria?”; “só a Constituição Federal traz segurança”; “a coisa julgada está no plano infraconstitucional, pois o

que a Constituição prevê é a irretroatividade da Lei”; “o sistema jurídico seria incoerente, se prevalecesse a coisa julgada”; “a coisa julgada inconstitucional é inexistente, assim como a lei inconstitucional é inexistente”).

Outros, porém, entendem que a coisa julgada deve ser relativizada apenas quando o pronunciamento jurisdicional contraria princípios ou valores constitucionais fundantes, vale dizer, mais importantes que a própria coisa julgada, tais como a dignidade da pessoa humana e a moralidade.

Essa segunda tese tem encontrado amparo em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como as que permitem a rediscussão sobre a declaração da paternidade, a partir da apresentação de uma prova – exame de DNA – superveniente ao prazo decadência para a propositura da ação rescisória (em razão da dignidade da pessoa humana); e as que permitem a realização de nova perícia em desapropriação, mesmo depois de escoado o prazo para a propositura da ação rescisória (em razão da moralidade).

### **13.4 Críticas à teoria da relativização da coisa julgada**

Muitos autores criticam a tese da relativização da coisa julgada, apresentando argumentos como os seguintes:

- a) o pano de fundo da relativização é a prevalência da justiça sobre a segurança (tensão entre a facticidade e a validade, conforme Habermas), mas a justiça é utópica, ao contrário da segurança;
- b) como assegurar que a segunda decisão não será injusta? Admitir que o juiz errou significa aceitar que o juiz também pode errar num outro julgamento;
- c) qual o juiz natural para fazer a relativização da coisa julgada?
- d) a coisa julgada e a ação rescisória possuem previsão constitucional;
- e) a coisa julgada é uma garantia contra os abusos do Estado – a relativização já aconteceu para o favorecimento de regimes totalitários;
- f) se a lei não pode violar a coisa julgada, o juiz, que é o aplicador da lei, também não pode fazê-lo.

### **13.5 § 1º do art. 475-L e parágrafo único do art. 741 do CPC**

O Código dispõe sobre as matérias da impugnação ao cumprimento de sentença no art. 475-L e sobre as matérias de embargos à execução opostos pela

Fazenda Pública no art. 741.

No entanto, o § 1º do art. 475-L e o parágrafo único do art. 741 do CPC apresentam uma única regra, porque possuem rigorosamente a mesma redação, a saber: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Com inspiração alemã e originariamente prevista – em edições anteriores da Medida Provisória 2.180-35/2001 – para favorecer a Fazenda Pública –, pois somente a sentença contrária à Fazenda Pública seria declarada inexigível caso o Supremo Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade –, a regra do § 1º do art. 475-L e do parágrafo único do art. 741 hoje se destina a qualquer pessoa.

E o que significa essa regra? Diz respeito à inconstitucionalidade, por diversas técnicas, da norma aplicada pela sentença. Exemplificando: o juiz sentença e julga o pedido procedente, apoiado em determinada lei; após, o Supremo Tribunal Federal, julgando uma ação direta de inconstitucionalidade, declara, com eficácia *ex tunc*, a inconstitucionalidade da lei utilizada como fundamento da sentença; então, o título executivo se torna inexigível e a inexigibilidade pode ser alegada, por exemplo, em impugnação ao cumprimento de sentença ou em embargos à execução, se a executada for a Fazenda Pública.

Vale ressaltar que a inexigibilidade do título, por ser matéria de ordem pública, também pode ser declarada de ofício ou alegada em exceção a objeção de pré-executividade.

Duas questões:

- a) Para o título se tornar inexigível, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser proferida necessariamente no exercício do controle concentrado de constitucionalidade ou pode ser proferida no exercício do controle difuso de constitucionalidade? Por outras palavras, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser proferida em abstrato ou pode ser proferida em concreto?
- b) Para o título se tornar inexigível, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser proferida necessariamente antes do trânsito em julgado ou pode ser proferida após o trânsito em julgado, desde que tenha eficácia *ex tunc*?

Com relação ao primeiro questionamento, alguns entendem que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser prolatada necessariamente em controle concentrado de constitucionalidade (por exemplo, em ação direta de inconstitucionalidade), com eficácia *ex tunc*, enquanto outros consideram irrelevante saber se a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada em controle concentrado de constitucionalidade ou em controle difuso de constitucionalidade (por exemplo, num recurso extraordinário).

Já quanto ao segundo questionamento, alguns entendem que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser necessariamente prolatada antes do trânsito em julgado, enquanto outros consideram irrelevante saber se a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada antes ou depois do trânsito em julgado, desde que, nesse último caso, tenha eficácia *ex tunc*.

Haverá verdadeira relativização da coisa julgada se decisão do Supremo Tribunal Federal posterior ao trânsito em julgado tornar inexigível o título executivo judicial.



## Reexame Necessário

### 1. Noções gerais

O reexame necessário é também chamado de duplo grau de jurisdição obrigatório, remessa necessária ou remessa *ex officio*.

Consiste no reexame feito pelo tribunal da matéria apreciada na sentença, independentemente da interposição de recurso.

Portanto, o princípio que prevalece no reexame necessário é o inquisitorial, e não o dispositivo.

### 2. Natureza jurídica

Já gozou de algum prestígio a tese de que o reexame necessário teria natureza de recurso. Aliás, no passado a legislação o chamava de recurso *ex officio* ou apelação *ex officio*.

Hoje, porém, prevalece a tese de que o reexame necessário é uma condição de eficácia da sentença – a sentença é válida, porém ineficaz. Assim, aliás, diz o *caput* do art. 475 do CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença”.

Há uma grande aproximação do reexame necessário com a apelação, porque o tribunal, julgando qualquer um deles, pode anular ou reformar a sentença.

Tão grande é a aproximação que o Superior Tribunal de Justiça produziu a Súmula 253, cujo teor é o seguinte: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”.

Mas o reexame necessário não é recurso, por diversas razões: ausência de previsão legal como tal – taxatividade (e, por consequência, dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, como a legitimidade, o interesse, a tempestividade e regularidade formal); ausência de voluntariedade; e ausência de dialtecidade (ausência de contraditório).

De qualquer forma, a posição predominante também não está imune a críticas:

- a) quando o tribunal aprecia o reexame necessário, normalmente anula a sentença, reforma a sentença ou confirma a sentença. Em nenhuma dessas hipóteses a sentença produz efeitos, inclusive quando é confirmada, porque ocorre o efeito substitutivo, passando a prevalecer o acórdão prolatado pelo tribunal. Então, o reexame necessário não pode ser considerado uma condição de eficácia da sentença;
- b) o reexame necessário não impede a eficácia da sentença de procedência no mandado de segurança (§§ 1º e 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009).

Parece melhor dizer que o reexame necessário é uma condição para que ocorra o trânsito em julgado, conforme estabelece a Súmula 423 do STF: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”.

### 3. Hipóteses

As principais hipóteses de reexame necessário estão previstas nos incisos I e II do art. 475 do CPC, a saber:

- a) sentença contrária à Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas);
- b) sentença de procedência dos embargos à execução fiscal (embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública).

Algumas observações sobre essas duas hipóteses são importantes:

- a) em sua redação original, o art. 475 do CPC também previa a remessa *ex officio* para a sentença de anulação de casamento;
- b) somente as sentenças se sujeitam ao reexame necessário. Ou seja, não haverá reexame necessário quando se tratar de decisão interlocutória – como a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública e a liminar em mandado de segurança –, quando se tratar de decisão monocrática proferida por integrante de tribunal, nem quando se tratar de acórdão;
- c) as sentenças proferidas contra as autarquias públicas e as fundações públicas estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório, estando, portanto, superada a Súmula 620 do STF (“A sentença proferida contra autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em

execução de dívida ativa”);

- d) as sentenças proferidas contra as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se sujeitam ao reexame necessário;
- e) haverá remessa *ex officio*, com fundamento no inciso I do art. 475 do CPC (sentença contrária à Fazenda Pública), quando a Fazenda Pública promover uma ação e o processo for extinto sem resolução do mérito (sentença processual fundada no art. 267 do CPC)? Em geral não se tem admitido o duplo grau de jurisdição obrigatório, mas este deve ocorrer quando a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de honorários advocatícios (Súmula 325 do STJ: “A remessa oficial devolve ao tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”);
- f) para o Superior Tribunal de Justiça, a sentença de improcedência dos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não se sujeita ao reexame necessário – porque o inciso II do art. 475 do CPC se refere apenas aos embargos à execução fiscal, devendo ser interpretado de forma restritiva (não é possível encartar a hipótese no inciso I, que diz respeito às sentenças contrárias à Fazenda Pública).

Além das hipóteses previstas no *caput* do art. 475 do CPC, existem outras situações, previstas na legislação extravagante, que exigem o duplo grau de jurisdição obrigatório, tais como:

- a) a sentença que julga carente a ação popular – e extingue o processo sem resolução do mérito – ou que julga improcedente o pedido da ação popular (art. 19 da Lei da Ação Popular); e
- b) a sentença que concede a segurança – julga procedente o pedido do mandado de segurança (§ 1º do art. 14 da Lei do Mandado de Segurança).

#### **4. Inaplicabilidade do reexame necessário**

Os §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC estabelecem que o reexame necessário não se aplica:

- a) § 2º “sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”;
- b) § 3º “quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do

Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

O Superior Tribunal de Justiça, para proteger a Fazenda Pública, entende que a sentença ilíquida contra esta se sujeita ao reexame necessário, não incidindo a exceção do § 2º do art. 475 do CPC.

Ou seja: o impedimento ao reexame previsto no § 2º do art. 475 do CPC somente se aplica a sentença líquida de valor (condenação ou direito controvertido) não excedente a sessenta salários mínimos.

Também entende o Superior Tribunal de Justiça que as limitações estabelecidas pelos §§ 2º e 3º do CPC não se aplicam ao reexame contra a sentença que concede a segurança (§ 1º do art. 14 da Lei do Mandado de Segurança).

Já o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 303, consolidando o seguinte entendimento: “I – Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo: a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos; b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula 303 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21-11-2003) II – Em ação rescisória, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses das alíneas *a* e *b* do inciso anterior. (ex-OJ 71 da SBDI-1 – inserida em 03-06-1996) III – Em mandado de segurança, somente cabe remessa *ex officio* se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs 72 e 73 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 25-11-1996 e 03-06-1996)”.

É importante consignar que a legislação extravagante também impõe limites ao reexame necessário.

Por exemplo, estabelece o art. 12 da Medida Provisória 2.180-35/2001 que “Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa

determinando a não interposição de recurso voluntário”.

Já para os Juizados Especiais Federais, dispõe o art. 13 da Lei n. 10.259/2001: “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.

O mesmo acontece com os Juizados Especiais da Fazenda Pública, pois o art. 11 da Lei n. 12.153/2009 assim determina: “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.

## **5. Reexame necessário e *reformatio in pejus***

Pode o tribunal agravar a situação da Fazenda Pública ao realizar o reexame necessário?

Duas são as correntes a respeito do assunto.

A primeira prega que o tribunal pode apreciar livremente toda a matéria anteriormente apreciada pela sentença, porque o reexame necessário decorre do princípio inquisitorial, e não do princípio dispositivo.

De fato, o tribunal não pode reformar a sentença para agravar a situação do recorrente, porque deve se ater ao pedido deste. Não há, porém, essa premissa no reexame necessário.

A proibição da *reformatio in pejus* é uma decorrência natural da regra *tantum devolutum quantum appellatum*.

Já segunda corrente entende que o tribunal não pode agravar a situação da Fazenda Pública, porque o reexame existe justamente para protegê-la. É a posição majoritária, inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Diz a Súmula 45 do STJ: “No reexame necessário, é defeso ao tribunal agravar a condenação imposta a Fazenda Pública”.

## **6. Procedimento**

Depois de proferir a sentença, o juiz deve enviar os autos ao tribunal, havendo ou não apelação, para o reexame necessário.

Se houver apelação, o juiz realizará todo o procedimento prévio de admissão do recurso e de declaração dos seus efeitos.

Interessante notar, porém, que a existência da apelação interposta pela Fazenda Pública não afasta o reexame, até porque a apelação pode ser parcial, ao contrário do reexame.

Não havendo apelação, o juiz apenas remeterá os autos ao tribunal para que este realize o reexame.

O juiz pode enviar os autos ao tribunal em qualquer tempo. O esquecimento do juiz não acarretará a coisa julgada (Súmula 423 do STF).

De qualquer sorte, o Presidente do tribunal poderá avocar os autos, caso o juiz olvide de enviá-los ao tribunal (§ 1º do art. 475 do CPC).

No tribunal, poderá o relator realizar o reexame de forma monocrática em qualquer das situações do art. 557 do CPC (Súmula 253 do STJ): negará seguimento quando o reexame for manifestamente **inadmissível** ou estiver **prejudicado**; negará provimento quando o reexame for manifestamente **improcedente** ou estiver em manifesto **confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**; e dará provimento quando a sentença estiver em manifesto **confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior**.

Vale a lembrança de que o próprio juiz poderá dispensar o reexame necessário quando “a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (§ 3º do art. 475 do CPC).

Caso não ocorra o julgamento monocrático do relator, caberá ao colegiado fazer o reexame.

Caberá ao relator fazer uma exposição dos pontos controvertidos do recurso. Depois os autos serão encaminhados ao revisor – exceto nas causas previstas no § 3º do art. 551 do CPC –, que também aporá o seu visto, pedindo dia para julgamento. Após, na sessão de julgamento, o relator proferirá o seu voto e depois serão tomados os votos do segundo e do terceiro julgador, sendo proclamado o resultado.

Cumprido ressaltar que o provimento da apelação interposta pela Fazenda Pública não implica necessariamente a perda do objeto do reexame necessário, porque o recurso pode ser parcial (não impugnar todos os capítulos da sentença).

## 7. Recursos cabíveis

Contra a decisão proferida no reexame necessário é possível: opor embargos de declaração – se a decisão for obscura, omissa, contraditória ou,

ainda, no caso de erro material ou de equívoco manifesto; interpor recurso especial – se a decisão violar a lei federal – ou interpor recurso extraordinário, se a decisão violar a Constituição Federal.

Se a decisão for monocrática (art. 557 do CPC), caberá o agravo interno ou regimental.

Houve muita polêmica no Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento dos embargos infringentes, quando o reexame, por maioria, reformasse uma sentença de mérito.

Por meio da Súmula 390, o Superior Tribunal de Justiça definiu que não cabem embargos infringentes contra acórdão proferido em reexame necessário, seja qual for o resultado da decisão.

Uma questão interessante: pode a Fazenda Pública interpor recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão do reexame necessário, se não apelou da sentença?

Existe divergência a respeito do assunto, mas prevalece nos tribunais superiores o entendimento de que a Fazenda pode interpor os recursos excepcionais contra o acórdão proferido na remessa *ex officio*, ainda que não tenha recorrido da sentença.



## Incidente de Uniformização de Jurisprudência

### 1. Finalidade

A uniformização da jurisprudência corresponde a uma necessidade do sistema jurídico, que admite decisões diferentes, num mesmo momento histórico, em situações rigorosamente similares, porque os juízes são muitos, apesar de o Judiciário ser um só. O dissenso entre órgãos de um mesmo organismo é inevitável e, por essa razão, compreensível, mas não desejável. A divergência jurisprudencial vulnera, de uma só vez, quatro pilares do direito:

- a) o princípio da igualdade ou da isonomia;
- b) o princípio da segurança jurídica, da estabilidade jurídica ou da previsibilidade que se espera do direito;
- c) a respeitabilidade do ordenamento jurídico e do próprio Poder Judiciário; e
- d) o princípio da economia processual.

Assim, o incidente de uniformização de jurisprudência tem como objetivo pacificar o dissídio jurisprudencial sobre matéria de direito – processual ou material – entre órgãos colegiados pertencentes ao mesmo tribunal.

Segundo o art. 476 do CPC, “Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”.

A divergência deve ser prévia ou surgir no julgamento. Proferido o julgamento em concreto (do procedimento que deu causa ao incidente – recurso, do reexame necessário, da ação etc.) pelo órgão colegiado fracionário (turma, câmara, grupo de câmaras etc. – existe entendimento de que a enumeração dos órgãos colegiados contida no art. 476 é meramente exemplificativa), o incidente não poderá ser admitido.

## 2. Decisão em tese

Detectado e reconhecido o dissídio sobre matéria de direito que constitui prejudicial ao julgamento do mérito, os autos serão enviados a outro órgão colegiado, para que este decida a matéria apenas em tese, fornecendo a interpretação do direito em abstrato.

Após, os autos retornarão ao órgão colegiado fracionário competente para o julgamento da causa. Este, então, decidirá em concreto, seguindo o entendimento estabelecido quanto ao direito para resolver o mérito (do recurso, do reexame necessário da ação etc.).

Ressalte-se que, fixada a tese jurídica pelo plenário ou pelo órgão especial, o órgão fracionário competente para o julgamento do processo estará vinculado ao entendimento pacificado.

## 3. Legitimidade

O incidente pode ser suscitado por qualquer integrante da turma ou câmara (art. 476 do CPC), pelo Ministério Público (parágrafo único do art. 476 do CPC), por qualquer das partes ou até mesmo pelo assistente simples.

## 4. Incidente de uniformização de jurisprudência e embargos de divergência

O incidente de uniformização de jurisprudência lembra bastante o recurso de embargos de divergência, cabível para pacificar os dissídios jurisprudenciais *interna corporis* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (art. 546 do CPC).

Há, porém, algumas distinções:

- a) o incidente de uniformização pode ocorrer em qualquer procedimento perante o tribunal (recurso; remessa necessária; ação de competência originária; ou até outro incidente), enquanto os embargos de divergência estão restritos ao recurso especial e ao recurso extraordinário;
- b) o incidente de uniformização pode ocorrer em quase todos os tribunais (prevalece o absurdo entendimento de que o incidente de uniformização de jurisprudência não pode ser suscitado no Supremo Tribunal Federal, porque seu Regimento Interno não disciplina a matéria), enquanto os embargos de divergência estão previstos no CPC apenas para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal (outros Tribunais também

julgam embargos de divergência, como o Tribunal Superior do Trabalho);

- c) o incidente de uniformização de jurisprudência é decidido em abstrato pelo órgão *ad quem*, enquanto os embargos de divergência são decididos em concreto;
- d) o incidente de uniformização de jurisprudência não tem natureza recursal, enquanto os embargos de divergência são um recurso.

## **5. Incidente de uniformização de jurisprudência e assunção de competência**

Outra figura muito parecida com o incidente de uniformização de jurisprudência é a da assunção de competência, prevista no § 1º do art. 555 de CPC, cuja redação é a seguinte: “Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Trata-se de redirecionamento da competência para outro órgão colegiado do mesmo Tribunal, com objetivo de prevenir ou resolver dissídio jurisprudencial interno a respeito de relevante questão de direito.

A assunção de competência não se confunde com o incidente de uniformização de jurisprudência, pois o órgão colegiado que assume a competência decide em concreto, e não em abstrato.

Outra distinção interessante é que o incidente de uniformização de jurisprudência pode ocorrer em qualquer procedimento perante o tribunal, enquanto a assunção de competência ocorre fundamentalmente nos recursos.

Ademais, o incidente de uniformização da jurisprudência pressupõe a existência da divergência – prévia ou surgida no decorrer do julgamento –, ao contrário da assunção de competência que pode ser usada para prevenir a divergência ainda não existente.



## Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade

Qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Todavia, para os tribunais o art. 97 da CF prevê a regra da reserva de plenário, nos seguintes termos: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Aliás, consoante a Súmula Vinculante 10, “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Desta forma, os órgãos colegiados fracionários dos tribunais submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, exceto quando já houver pronunciamento destes ou plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, conforme preceitua o parágrafo único do art. 481 do CPC.

Ressalte-se que apenas a declaração da **inconstitucionalidade** precisa acontecer pelo plenário ou órgão especial, mais especificamente pelo voto da maioria absoluta dos julgadores que compõem o plenário ou o órgão especial do tribunal – a declaração da **constitucionalidade**, ao contrário, não está sujeita à regra da reserva de plenário.

A exemplo do incidente de uniformização de jurisprudência, a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial decidida apenas em abstrato pelo plenário ou órgão especial, para que o órgão colegiado fracionário competente aplique a tese fixada ao processo (recurso, reexame necessário, ação, incidente etc.), decidindo-o concretamente.

Conforme a Súmula 513 do STF, “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.



## Reclamação Constitucional

### 1. Noções gerais

Há uma diversidade de medidas processuais com o nome de reclamação.

A reclamação correcional ou correção parcial, por exemplo, é uma medida de caráter administrativo-disciplinar, que tem por objetivo coibir erros e abusos dos juizes.

Já a conhecida reclamação trabalhista significa apenas a ação proposta na Justiça do Trabalho.

Diferente destas é a reclamação constitucional, medida construída a partir da teoria dos poderes implícitos do direito americano, posteriormente prevista no Regimento Interno do STF, e hoje definitivamente consagrada pela Constituição Federal.

A reclamação constitucional, como se verá, visa preservar a competência e a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

### 2. Previsão normativa

A reclamação constitucional está prevista na alínea *l* do inciso I do art. 102 da CF (para o Supremo Tribunal Federal); na alínea *f* do inciso I do art. 105 da CF (para o Superior Tribunal de Justiça); e no § 3º do art. 103-A (para o Supremo Tribunal Federal).

Ademais, a reclamação constitucional é disciplinada também pelos arts. 13 ao 18 da Lei n. 8.038/90 (para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça), e pelo art. 7º da Lei n. 11.417/2006 (para o Supremo Tribunal Federal).

Essas normas todas se referem a reclamação para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal – cujos regimentos internos

também disciplinam a medida –, mas outros tribunais também adotam a reclamação com as mesmas feições, como o Superior Tribunal Militar, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a legislação local também pode prever a reclamação para a preservação da competência e da autoridade das decisões dos tribunais estaduais, porque: a) a reclamação se insere no âmbito do direito de petição (inciso XXXIV do art. 5º da CF); a adoção da reclamação pelos Estados está em consonância com o princípio da simetria e com o princípio da efetividade das decisões.

### 3. Natureza jurídica

Existem diversas teorias sobre a natureza jurídica da reclamação: incidente; recurso; direito de petição; e ação.

Certamente a reclamação não é um recurso, porque não exige que o ato atacado decorra de um processo judicial, nem que esse mesmo ato seja uma decisão judicial.

O ato atacado pode ser de uma autoridade administrativa que, por exemplo, descumpra uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Também é possível ingressar com reclamação por usurpação de competência, sem que a autoridade judiciária profira qualquer decisão.

De outro lado, a reclamação não é um simples incidente, porque a decisão da reclamação produz coisa julgada material.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a reclamação decorre do direito de petição previsto na alínea *a* do inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Mas o mero exercício do direito de petição produziria coisa julgada material?

Pensamos que a reclamação é uma ação de natureza mandamental, à semelhança do mandado de segurança e do *habeas data*, exigindo uma petição inicial subscrita por um advogado e com todos os requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC.

A respeito do assunto, vale a pena consultar a magnífica obra de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, *Reclamação constitucional no direito brasileiro*, editada em 2000 pela S. A. Fabris.

#### 4. Cabimento

A reclamação é cabível contra ato comissivo ou omissivo de autoridade judiciária ou administrativa.

São fundamentalmente duas as situações que autorizam o uso da reclamação constitucional:

- a) descumprimento de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal (por exemplo: descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em ação direta de inconstitucionalidade; ou execução de acórdão em desconformidade com o que ficou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal), ou descumprimento de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal;
- b) usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (por exemplo: Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal *a quo* nega seguimento ao agravo previsto no art. 544 do CPC – Súmula 727 do STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais”).

Significa, portanto, que a reclamação serve para preservar a **autoridade das decisões** e a **competência** do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Quando se trata de preservar decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes, a reclamação alcança autoridades judiciárias e administrativas.

Não se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, nem de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a reclamação alcançará apenas as autoridades judiciárias, porque o descumprimento de decisão – do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça – por autoridade administrativa pode ser atacado por meio de simples petição.

Há grande divergência acerca do cabimento da reclamação constitucional contra decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal proferida na realização do controle difuso de constitucionalidade.

Se adotada a tese, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, de que cabe

a reclamação contra decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, haverá uma grande aproximação entre o controle difuso de constitucionalidade e o controle concentrado de constitucionalidade.

Essa aproximação é uma tendência do Direito brasileiro atual.

## **5. Reclamação e súmula vinculante**

Contrariada ou indevidamente aplicada a súmula vinculante por autoridade judiciária ou administrativa, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal.

É o que estabelece o § 3º do art. 103-A da Constituição Federal: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

O art. 103-A foi incluído na Carta Magna pela EC n. 45/2004, recebendo a regulamentação da Lei n. 11.417/2006, que prevê a reclamação constitucional no seu art. 7º.

Interessante notar que o art. 7º da Lei disciplinadora da súmula vinculante contém um parágrafo visivelmente inconstitucional.

Trata-se do § 1º, que assim dispõe: “Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”.

Ao prever o exaurimento antecipado da via administrativa, o dispositivo viola o inciso XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Há, porém, quem não enxergue a inconstitucionalidade do dispositivo citado, sob o argumento de que a reclamação não exclui outras vias judiciais, como o mandado de segurança – segundo o *caput* do art. 7º da referida Lei, “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

O argumento, porém, não convence.

Prevalece no sistema processual a regra da atipicidade do meio empregado. Inúmeras são as medidas processuais ou procedimentais previstas na Lei, que não excluem outras, até porque a ação nada mais é que um direito fundamental a uma jurisdição efetiva.

Como exemplo, podemos citar o mandado de segurança, que não impede a parte de optar pela tutela específica prevista no art. 461 do CPC.

No entanto, ninguém defenderia a constitucionalidade de uma norma que exigisse o prévio esgotamento da via administrativa para a impetração do mandado de segurança.

Por que seria diferente na reclamação constitucional?

## **6. Reclamação e decisão proferida por turma recursal de juizado especial estadual**

No ano de 2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 571.572-ED, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, declarou o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação constitucional para o Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais – como existe nos juizados especiais federais –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação federal.

De fato, é bastante inconveniente para o sistema jurídico a prevalência de decisões proferidas em última instância no âmbito dos juizados especiais estaduais, em descompasso com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem a competência constitucional para interpretar, em última instância, a legislação federal infraconstitucional.

Acontece que a reclamação constitucional utilizada nesses moldes nada mais é do que um recurso especial travestido.

E a Constituição Federal não admite a interposição de recurso especial contra decisão proferida por turma recursal de juizado especial, na medida em que o inciso III do art. 105 exige, para o cabimento desse recurso, que a decisão recorrida seja proferida por um Tribunal Regional Federal ou por um tribunal de um Estado, do Distrito Federal ou de um Território.

Nesse sentido, aliás, é o enunciado da Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados

Especiais”.

Nada impede que a parte interponha recurso extraordinário contra a decisão da turma recursal do juizado especial estadual (Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”). Mas o recurso especial não pode ser admitido, nem mesmo sob o disfarce da reclamação constitucional.

De qualquer forma, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 12, em 14 de dezembro de 2009, disciplinando as “reclamações” destinadas a “dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil”.

Essa resolução, logo no *caput* do art. 1º, demonstra bem a natureza recursal das supostas reclamações por ela disciplinadas: “serão oferecidas no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada, independentemente de preparo”.

## **7. Reclamação e decisão com trânsito em julgado (Súmula 734 do STF)**

Não cabe reclamação quando a decisão atacada tiver transitado em julgado, conforme entendimento pacificado pela Súmula 734 do STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”.

O objetivo é evitar que a reclamação sirva como sucedâneo da ação rescisória, medida típica para a impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado.

Note-se, porém, que a reclamação é cabível quando se deseja preservar a autoridade de decisão que transitou em julgado. A súmula rechaça a reclamação quando a decisão impugnada transitou em julgado.



## Mandado de Segurança contra Ato Jurisdicional

### 1. Mandado de segurança

O Mandado de Segurança é procedimento posto à disposição de quem se alega titular de direito, individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, efetivamente lesado ou ameaçado de lesão por ato ou omissão, abusivo ou ilegal, de autoridade pública.

É o que se infere da leitura dos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal.

Além desses dois dispositivos constitucionais, o Mandado de Segurança é disciplinado pela Lei n. 12.016/2009.

### 2. Mandado de segurança contra ato jurisdicional

É possível impetrar mandado de segurança contra ato jurisdicional?

A Constituição não impede. O juiz é uma autoridade pública que pode praticar ação ou omissão lesiva a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Ocorre que o art. 5º da Lei n. 12.016/2009 estabelece que “Não se dará mandado de segurança: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado”.

Assim também dispunha o art. 5º da revogada Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533/51): “Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I – de ato de que caiba recurso; administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; II – de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção; III – de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

No mesmo sentido da legislação, é o teor da Súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Também a Súmula 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

E a Súmula 33 do TST: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passada em julgado”.

Na verdade, a Lei atual, como a anterior, ao vedar o uso do mandado de segurança contra ato jurisdicional, acabou por admiti-lo quanto aos pronunciamentos jurisdicionais que não estão sujeitos a recurso.

Não se deve levar em consideração o que diz a Lei no que respeita a ausência de efeito suspensivo. Se couber recurso, ainda que dotado apenas de efeito devolutivo, estará afastada a admissão do mandado de segurança. É como entendem os Tribunais Superiores.

Mas que decisões não seriam recorríveis?

Na sistemática do Código de 1939, algumas decisões interlocutórias não se sujeitavam ao agravo.

Assim, como na vigência do Código anterior, era preciso impetrar mandado de segurança (ou ingressar com correição parcial) para impugnar decisões interlocutórias não impugnáveis pela via do recurso.

Com o advento do Código de 1973, todas as decisões interlocutórias passaram a ser agraváveis.

Acontece que, ao agravo, o Código não atribuiu o efeito suspensivo.

Então, tornou-se comum interpor agravo de instrumento e impetrar mandado de segurança para obter o efeito suspensivo.

Alguns também impetravam mandado de segurança para conferir efeito suspensivo à apelação quando a mesma fosse recebida apenas no efeito devolutivo, conforme a legislação.

Modificado o Código, o agravante passou a ter o direito de requerer ao relator do agravo de instrumento o efeito suspensivo (*caput* do art. 558 do CPC). E esse direito foi estendido ao apelante (parágrafo único do art. 558 do CPC).

Restou, porém, um problema: como deveria fazer o agravante que desejasse a antecipação dos efeitos da decisão do agravo (efeito ativo), e não a suspensão dos efeitos da decisão agravada (efeito suspensivo)?

Alguns pregavam a utilização do mandado de segurança para a obtenção do efeito ativo.

Outros, porém, entendiam que o efeito ativo era apenas outra face do efeito suspensivo judicial, já previsto na legislação (*caput* do art. 558 do CPC).

Alguns também defendiam que o efeito ativo fosse obtido por meio da tutela cautelar.

E outros, ainda, entendiam que o efeito ativo nada mais era que uma antecipação da tutela recursal.

Modificado o Código novamente, restou consagrada a tese de que o efeito ativo é uma antecipação da tutela recursal e pode ser requerido ao relator do agravo de instrumento (inciso III do art. 527 do CPC).

Com essa modificação, muitos passaram a entender que o mandado de segurança contra ato jurisdicional desapareceu por completo do sistema processual brasileiro.

Não é bem assim. Veremos.

### **3. Mandado de segurança e decisões interlocutórias nos juizados especiais cíveis**

A Lei n. 9.099/95 (juizados estaduais) não prevê expressamente o cabimento de agravo de nenhuma espécie e o art. 4º da Lei n. 12.259/2001 (juizados federais) prevê que, exceto nos casos do art. 4º (tutelas de urgência), somente será admitido recurso de sentença definitiva.

Assim, nos juizados especiais estaduais, não há previsão de agravo, e nos especiais federais, as interlocutórias recorríveis dizem respeito apenas às tutelas de urgência, razão pela qual está aberto o caminho para a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

O próprio Superior Tribunal de Justiça admite a utilização do mandado de segurança contra ato do juizado especial, pois editou a Súmula 376, cujo teor é o seguinte: “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”.

Pensamos, todavia, que o mandado de segurança não deve ser utilizado contra as decisões monocráticas dos integrantes de tribunais e contra a decisão do presidente da turma que nega seguimento ao recurso extraordinário, pois a parte pode se valer do agravo interno, para a primeira situação, e do agravo do art. 544, para a segunda situação.

#### **4. Mandado de segurança e proibição de agravo interno**

O Código não admite a interposição do agravo interno ou regimental contra a decisão pela qual o relator converte o agravo de instrumento em agravo retido, nem contra a decisão do relator a respeito do efeito suspensivo ou do efeito ativo no agravo de instrumento (parágrafo único do art. 527 do CPC).

Assim, contra tais decisões do relator, poderá a parte fazer um pedido de retratação – de pouca eficácia prática.

Poderá também impetrar mandado de segurança, no mesmo tribunal, contra o ato do relator, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

#### **5. Mandado de segurança e ausência de previsão específica de agravo interno**

Todos sabem que o agravo interno (agravo regimental, agravo inominado ou agravinho) é o recurso cabível contra as decisões monocráticas proferidas pelos integrantes de tribunais (e de turmas recursais dos juizados especiais).

Persiste, porém, a seguinte dúvida: estaria o agravo interno previsto para todas as decisões monocráticas, independentemente de previsão específica na lei ou no regimento interno do tribunal, ou precisaria ele, para a sua admissão, de uma previsão legal (como exemplo o art. 39 da Lei n. 8.038/90) ou regimental específica?

Pensamos que o agravo interno, nos moldes do § 1º do art. 557 do CPC, é uma decorrência lógica do sistema, posto que:

- a) o princípio que rege o julgamento dos recursos é o da colegialidade (alguns dirão que o colegiado é o juiz natural para o julgamento do recurso);
- b) o sistema permite a decisão monocrática do integrante do tribunal como exceção, mas sob o controle do colegiado;
- c) a proibição do agravo interno nas hipóteses do parágrafo único do art. 527 do CPC autoriza a dizer que em todos os outros casos ele é admitido;
- d) agravo é matéria processual e somente a União tem competência para legislar sobre essa matéria – regimento interno não pode criar recurso, porque não é lei federal (inciso I do art. 22 da CF).

Todavia, entendem alguns que o cabimento do agravo interno depende sempre de previsão legal ou regimental específica – há, inclusive, quem chame o

agravo interno de legal, quando previsto pela lei, e de regimental, quando previsto pelo regimento interno do tribunal.

Para aqueles que pensam assim, faltando a previsão legal ou regimental específica quanto ao cabimento do agravo interno, poderia a parte se insurgir contra a decisão monocrática pela via do mandado de segurança.

## **6. Mandado de segurança e terceiro prejudicado**

O terceiro prejudicado é o terceiro juridicamente interessado (não basta interesse de fato, moral ou econômico), vale dizer, a sentença pode atingir reflexamente uma relação jurídica sua.

Tem o terceiro prejudicado legitimidade para recorrer, não possuindo prazo especial para isso.

Mas pode, também, o terceiro prejudicado optar pela impetração do mandado de segurança contra o ato jurisdicional.

É como pensa o Superior Tribunal de Justiça, que assentou esse entendimento na Súmula 202: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”.

Bastante comum é a impetração do mandado de segurança contra a sentença por litisconsorte necessário que não foi citado ou não foi citado validamente no processo.

A sentença é inexistente – para alguns – ou ineficaz – para outros – em relação a ele, mas pode prejudicá-lo.

Assim, tem a jurisprudência admitido que o terceiro, em tal situação, impetre mandado de segurança ou promova a *querela nullitatis*.

Também pode, conforme o caso, apresentar impugnação ao cumprimento de sentença (inciso I do art. 475-L do CPC) ou opor embargos à execução (inciso I do art. 741 do CPC).

## **7. Mandado de segurança e sentença da justificação judicial**

O art. 865 do CPC diz que “No processo de justificação não se admite defesa nem recurso”.

Desta forma, realizando o mesmo raciocínio que fizemos em outras situações semelhantes, é possível impetrar mandado de segurança contra qualquer decisão proferida no processo de Justificação.

## **8. Mandado de segurança contra decisão transitada em julgado**

Em princípio não se pode admitir o uso do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado, porque assim estabelece o inciso III do art. 5º da Lei n. 12.016/2009.

Nesse sentido, aliás, já mencionamos as Súmulas 268 do STF e 33 do TST, adotando o entendimento de que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

A justificativa do dispositivo é a previsão da ação rescisória como medida processual típica para desconstituir o pronunciamento jurisdicional acobertado pela coisa julgada material.

Acontece que alguns procedimentos não permitem a propositura de ação rescisória, a saber: juizados especiais cíveis; ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nesses procedimentos todos – que não reconhecem a ação rescisória –, admitimos o mandado de segurança, especialmente quando o acórdão proferido for teratológico ou contiver um equívoco manifesto.

## **9. Mandado de segurança e decisão teratológica**

Há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, admitindo o mandado de segurança contra ato jurisdicional, desde que a decisão impugnada seja teratológica, conforme se pode notar dos seguintes trechos extraídos de algumas ementas:

“Segundo pacífica orientação jurisprudencial, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança contra ato judicial.”

“Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do *mandamus*, levando-se em conta, ainda, que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIX, não faz restrição quanto a seu uso, desde que presentes os seus pressupostos, que haverão de ser cumulativos.”

“A impetração de mandado de segurança para questionar ato judicial somente é possível nas hipóteses de decisões teratológicas, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder. O impetrante não tem direito líquido e certo à decisão judicial que lhe pareça correta. – É incabível a impetração de mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante a interposição de recurso. Súmula 267/STF.”

“A previsão constitucional para impetração de mandado de segurança originário contra ato de Ministro do próprio Tribunal (art. 105, inciso I, alínea *b*) não açambarca o caso em tela, consoante uníssona e iterativa jurisprudência desta Corte, que não admite o *mandamus* contra ato jurisdicional de seus órgãos fracionários ou mesmo dos Ministros Relatores, salvo situação de absoluta excepcionalidade, em que se verificar decisões flagrantemente ilegais ou teratológicas, insuscetíveis de correção pelas vias recursais próprias.”

“I – Para que seja cabível mandado de segurança contra ato judicial de órgão fracionário desta Corte é necessária a coexistência de dois pressupostos, quais sejam, a flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão, bem como o perigo de lesão irreversível. A jurisprudência desta Corte tem afastado, em hipóteses excepcionais, a aplicação da Súmula n. 267/STF, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais que, à toda evidência, não restaram demonstradas no presente *writ*.”

“É firme e numerosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, como regra, é incabível a mandado de segurança contra decisão judicial susceptível de recurso. Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano de difícil ou incerta reparação, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do *mandamus*.”

## **10. Inadmissão do mandado de segurança contra ato jurisdicional**

Como se viu, afasta-se o mandado de segurança contra ato jurisdicional quando cabível o recurso ou a ação rescisória.

Não se tem admitido o uso do mandado de segurança, por exemplo, contra a decisão concessiva de tutela antecipada no interior da própria sentença.

Já se discutiu também o cabimento simultâneo de agravo de instrumento e de apelação em tal situação – tutela antecipada na sentença –, mas o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo exclusivamente o recurso de apelação.

Ademais, não se tem admitido o uso do mandado de segurança para conceder efeito suspensivo a recurso que não o possui.

Em se tratando de agravo de instrumento ou de apelação (recebida apenas no efeito devolutivo), o efeito suspensivo deverá ser requerido na petição do próprio recurso ou por meio de simples petição (art. 558 do CPC).

O mesmo se diga quanto ao efeito ativo no agravo de instrumento (inciso III do art. 527 do CPC).

Quanto aos demais recursos, como o especial e o extraordinário, os tribunais já pacificaram o entendimento de que a medida cautelar é o meio mais adequado para conferir o efeito suspensivo judicial.

A medida cautelar, aliás, é prevista no parágrafo único do art. 800 do CPC e nos regimentos internos dos próprios tribunais.

Também não se admite mandado de segurança para suspender o cumprimento da sentença rescindenda, porque o autor pode se valer da tutela cautelar ou da tutela antecipada (art. 489 do CPC).

Igualmente não se admite o mandado de segurança contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança.

No passado, era bastante comum encontrar decisões judiciais que inadmitiam a interposição de agravo em mandado de segurança, abrindo espaço para o uso do mandado de segurança contra ato jurisdicional.

Hoje, porém, prevalece o entendimento de que as decisões interlocutórias proferidas em mandado de segurança desafiam agravo.

Também não cabe mandado de segurança como mero sucedâneo de recurso não interposto, exceto se o impetrante for o terceiro prejudicado.



## Referências

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ARMELIN, Donaldo. Dos princípios gerais dos recursos. *Revista do Advogado*, n. 27.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, v. 97, p. 51.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 48.
- ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.
- ASSIS, Araken de. Do litisconsórcio no código de processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Borsó, 1986.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito*

*processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 3.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. É agravável o ato de ordenar a citação na execução. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Embargos infringentes contra acórdão proferido em agravo (de instrumento, retido e interno ou regimental)? *Revista Forense*, v. 367.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Falta de pressuposto processual ou de condição da ação – declaração *ex officio* em agravo de instrumento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Notas sobre os recursos no processo de execução. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Recurso de litisconsorte. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2011.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil para concursos*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso especial e recurso extraordinário*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas ao recurso especial e ao recurso extraordinário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.
- PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. VII.
- RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.
- RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1968.
- SEABRA FAGUNDES, M. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva: único pressuposto para a aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, v. 65.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2001.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Teoria geral dos recursos. *Revista de Processo*, v. 58.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.