

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

JOÃO PAULO MORAES ALMEIDA

**A DESISTÊNCIA DO RECURSO SUBMETIDO AO
PROCEDIMENTO DO ARTIGO 543-C DO CPC: Análise da
Questão de Ordem suscitada no julgamento dos Recursos
Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS**

**BRASÍLIA
2010**

JOÃO PAULO MORAES ALMEIDA

**A DESISTÊNCIA DO RECURSO SUBMETIDO AO
PROCEDIMENTO DO ARTIGO 543-C DO CPC: Análise da
Questão de Ordem suscitada no julgamento dos Recursos
Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Luiz Emílio Pereira Garcia

Brasília - DF

2010

A Deus, Digno de toda honra e toda glória, por me permitir chegar até aqui.

À minha amada esposa Marília, que tem grande crédito em todas as minhas conquistas.

Agradeço aos meus grandes amigos Luiz Emílio e André Gontijo, pela paciência com meus devaneios processuais.

“Por mais importante que possa parecer a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas”.

Mauro Cappelletti

RESUMO

A efetividade da prestação jurisdicional é um ideal que motiva as transformações do sistema processual civil. O uso desarrazoado do sistema recursal trouxe um aumento considerável na duração do processo, ao mesmo tempo em que colocou em risco a função das instâncias recursais. O advento do artigo 543-C ao Código de Processo Civil representa uma tentativa de resgatar a função do Superior Tribunal de Justiça como Corte uniformizadora da interpretação do direito federal. A norma previu a possibilidade de julgamento de recursos especiais repetitivos, adotando-se uma tese uniforme para inúmeros casos semelhantes. No julgamento dos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS, submetido ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com a manifestação de desistência dos recursos. Ao apreciar a questão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a norma do artigo 501 do Código de Processo Civil seria incompatível com o recurso submetido ao julgamento de causas repetitivas, razão pela qual rejeitou a desistência recursal formulada. Diante do aparente conflito de normas, foi desenvolvido estudo do precedente judicial. A avaliação dos votos proferidos à luz do sistema processual civil revelou que a conclusão do Superior Tribunal de Justiça está sujeita a críticas, diante das normas processuais vigentes e dos princípios processuais constitucionais, em especial o princípio do devido processo legal.

Palavras-Chave: Processo Civil – Superior Tribunal de Justiça – Recursos Especiais Repetitivos – Desistência – Estudo de caso – Devido processo legal.

ABSTRACT

The adjudication effectiveness is an ideal that motivates the transformation of the civil procedure system. The unreasonable use of the appellate system has brought a considerable increase in the duration of the process, and at the same time it has undermined the appellate bodies role. The advent of the 543-C Article to the Civil Procedure Code is an attempt to rescue the Superior Court's function as the standardize Court of interpretation of federal law. The regulation foresees the possibility for a trial of special repetitive appeals, adopting a uniform act for numerous similar cases. On the trial of Special Resources 1.063.343/RS and 1.058.114/RS, subjected to the procedure of the 543-C Article of the Civil Procedure Code, the Superior Court was faced with the manifestation of an appeal withdrawal. In assessing the issue, the Superior Court understood that the regulation of the 501 Article of Civil Procedure Code would be inconsistent with the application to the adjudication of repetitive appeals, reason why it rejected the formulated withdrawal. Given the apparent conflict of regulation, a judicial precedent study was developed. The evaluation of the votes given to the system of civil procedure revealed that the conclusion of the Superior Court is subject to criticism, before the existing procedural regulations and of constitutional procedures principles, in particular the principle of due process of law.

Keywords: Civil Procedure – Superior Court of Justice – Special repetitive appeals – Withdrawal – Case study – Due process of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 OS RECURSOS REPETITIVOS E O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA NA REALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL VIGENTE.....	15
1.1 O CONTEXTO DA REFORMA INSTITUIDORA DO JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS.....	15
1.1.1 <i>A busca pela efetividade do processo</i>	15
1.1.2 <i>O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário</i>	22
1.1.3 <i>O advento do artigo 543-C do CPC</i>	26
1.1.4 <i>A diferença entre repercussão geral no STF e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos no STJ</i>	33
1.1.5 <i>A tutela de interesses coletivos e o julgamento de recursos repetitivos</i>	37
1.2 A QUESTÃO DA DESISTÊNCIA NO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO.....	39
1.2.1 <i>O princípio da disponibilidade como garantia processual</i>	40
1.2.2 <i>O artigo 501 do Código de Processo Civil</i>	43
1.2.3 <i>Tratamento jurisprudencial da desistência recursal no âmbito do STJ e STF</i>	46
1.2.4 <i>A desistência no procedimento dos recursos repetitivos</i>	48
1.2.4.1 <i>A ausência de regulação específica</i>	49
1.2.4.2 <i>O aparente conflito entre interesses individuais e coletivos</i>	49
1.2.4.2.1 <i>O julgamento de recursos repetitivos como procedimento</i>	50
1.2.4.2.2 <i>O julgamento de recursos repetitivos como tutela de interesses coletivos</i>	53
2 O CASO CONCRETO: QUESTÃO DE ORDEM NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.063.343/RS E 1.058.114/RS.....	56
2.1 O CASO ORIGINÁRIO E SEU TRÂMITE PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	56
2.1.1 <i>A decisão de afetar os recursos à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil e a manifestação do pedido de desistência pelo recorrente</i>	57
2.1.2 <i>A suscitação de Questão de Ordem no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pela relatora do feito</i>	58
2.1.2.1 <i>Voto do Ministro Fernando Gonçalves</i>	59
2.1.2.2 <i>Voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior</i>	60
2.1.2.3 <i>Voto do Ministro João Otávio de Noronha</i>	61
2.1.2.4 <i>Voto do Ministro Massami Uyeda</i>	63
2.1.2.5 <i>Voto do Ministro Sidney Beneti</i>	63
2.1.2.6 <i>Voto do Ministro Luís Felipe Salomão</i>	64
2.1.2.7 <i>Voto do Juiz Federal-convocado Carlos Fernando Mathias</i>	65
2.1.2.8 <i>Debates e conclusão</i>	66
2.1.3 <i>O enfrentamento da Questão de Ordem pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça</i> 66	
2.1.3.1 <i>Voto da Ministra Nancy Andrichi, relatora do feito</i>	69
2.1.3.2 <i>Voto da Ministra Laurita Vaz</i>	73
2.1.3.3 <i>Voto do Ministro Luiz Fux</i>	74
2.1.3.4 <i>Voto do Ministro João Otávio de Noronha</i>	75
2.1.3.5 <i>Voto-vista do Ministro Nilson Naves</i>	76
2.1.3.6 <i>Voto do Ministro Ari Pargendler</i>	78
2.1.3.7 <i>Voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior</i>	79
2.1.3.8 <i>Voto do Ministro Hamilton Carvalhido</i>	80
2.1.3.9 <i>Votos da Ministra Eliana Calmon e Ministro Francisco Falcão</i>	81
2.1.3.10 <i>Conclusão do julgamento</i>	81
3 ANÁLISE CRÍTICA DO CASO.....	83
3.1 O ENTENDIMENTO DO MINISTRO NILSON NAVES.....	84
3.1.1 <i>A questão do devido processo legal</i>	84
3.1.2 <i>A questão da coletivização do interesse privado</i>	90
3.1.3 <i>A questão do julgamento em tese do recurso especial</i>	94

3.1.4	<i>A questão da formação do precedente</i>	96
3.2	O ENTENDIMENTO DO MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.....	100
3.2.1	<i>A função do Superior Tribunal de Justiça</i>	100
3.2.2	<i>A relação entre o direito de recorrer e o direito de ação</i>	102
3.2.3	<i>A desistência como ato unilateral do interessado: a norma do artigo 501 do CPC como expressão do devido processo legal</i>	105
3.2.4	<i>A inexistência de conflito entre o interesse privado e o interesse público: o artigo 543-C como técnica de julgamento</i>	106
CONCLUSÃO		111
REFERÊNCIAS		114
ANEXO		119

INTRODUÇÃO

As constantes reformas do sistema processual civil voltaram-se, em grande medida, para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em todas as instâncias, buscando instrumentos normativos capazes de conciliar a qualidade das decisões com o tempo de sua prolação.

O direito recursal, neste contexto, passou a ser alvo de mudanças estruturais, já que responsável pelo incremento na duração do processo, ao menos quanto ao trâmite deste nos diversos tribunais da federação. Aliás, o uso desmotivado de expedientes recursais trouxe um aumento considerável no tempo da prestação jurisdicional, uma vez que terminou por abarrotar as cortes com os mais diversos recursos.

Nem mesmo as Cortes de Cúpula de nosso sistema processual – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – passaram à margem da questão do aumento desarrazoado de recursos. Assim, o papel institucional destes órgãos, de controle da interpretação das leis e da Constituição, foi ameaçado.

Diante de tal quadro, o legislador, buscando remediar em parte tal situação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, editou a Lei 11.672, de 8.5.2008, que acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, com a instituição de um procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos.

Assim, por meio da nova sistemática, a Corte Superior, a partir do julgamento de um ou mais recursos representativos de uma controvérsia, firma uma orientação uniforme a ser utilizada em todos os demais recursos considerados fundados em idêntica questão de direito.

Ocorre que, após submeter os recursos especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS ao procedimento previsto pelo novo artigo 543-C do Código de Processo Civil, e antes de iniciado o julgamento dos feitos, o Superior Tribunal de Justiça se deparou com a manifestação de desistência dos recursos.

Até então, a desistência recursal regularmente manifestada, como de fato o foi nos casos apontados, tinha o condão de impedir o julgamento dos expedientes recursais, com o trânsito em julgado das decisões recorridas. Tratava-se de um ato unilateral da parte recorrente, de efeitos imediatos, que sequer necessitava de autorização judicial para sua eficácia, previsto no artigo 501 do Código de Processo Civil.

Contudo, diante da possibilidade de, a partir do julgamento de um recurso especial, firmar-se uma orientação que teria aplicação em inúmeros outros feitos, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, relatora dos casos, propôs Questão de Ordem, no sentido de ser avaliada a manifestação de desistência nesta particular hipótese.

A Questão de Ordem foi então submetida ao crivo da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, onde foi travada discussão acerca do aparente conflito entre o direito privado da parte em recorrer, e o direito coletivo na fixação de uma orientação para inúmeros recursos semelhantes.

Após os debates, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, decidiu que, nos recursos afetados ao procedimento do artigo 543-C do CPC, a desistência não teria lugar, já que o interesse público na formação de um precedente deveria sobrepor-se à pretensão privada de desistir do recurso. Por ocasião do julgamento, registraram-se, também, posicionamentos no sentido do acolhimento do pedido de desistência nos termos da lei e, ainda, no sentido do acolhimento da desistência, mas com o prosseguimento na formação do precedente.

De um lado observa-se uma norma que reflete os anseios reformistas de, cada vez mais, tornar o processo mais célere e eficiente, permitindo que recursos especiais fundados em idêntica questão de direito sejam julgados em conjunto, a partir de um apelo representativo da controvérsia. De outro lado, há um sistema processual de garantias que confere ao recorrente o poder de dispor livremente de seu recurso, vale dizer, desistir de sua irresignação oportunamente (artigo 501 do CPC).

Assim, emerge indagações que decorrem da possibilidade ou não de que parte desista de seu recurso especial quando este é submetido ao procedimento previsto no artigo 543-C do CPC.

É que diante de um aparente conflito de normas, é de ser apurado se, de fato, há uma incompatibilidade entre a desistência recursal e o procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos, avaliando-se se o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça harmoniza-se com os princípios constitucionais regentes do processo. Ainda, é de se perquirir se a técnica realmente representa uma tutela de interesses coletivos, a ponto de subverter uma garantia processual reputada pelo Superior Tribunal de Justiça como individual (a desistência recursal).

Assim, diante da inovação da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a presente pesquisa pretende analisar o *leading case* onde foi firmada a citada orientação, a fim de confrontá-la com o sistema processual civil.

O trabalho será desenvolvido a partir de pesquisa de natureza dogmática ou instrumental, eis que o estudo terá como princípio a análise de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, e sua harmonização com a legislação processual civil. Assim, será necessário lançar mão dos posicionamentos doutrinários acerca dos temas que circundam a questão abordada.

Elege-se, para tanto, além da análise monográfica, o método de procedimento do estudo de caso, mais precisamente do acórdão proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do enfrentamento da Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS

Ressalte-se, que o estudo abordará tão somente os aspectos decorrentes da decisão proferida na Questão de Ordem suscitada nos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS, ou seja, o tratamento dado à desistência recursal no caso de recursos especiais submetidos ao procedimento de julgamento inaugurado pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Portanto, o mérito do recurso especial, ou as questões eventualmente dele decorrentes, não será objeto de estudo, restringindo-se a pesquisa tão somente à questão procedimental acima pormenorizada.

Assim, no primeiro capítulo será apresentada uma aproximação doutrinária e jurisprudencial do tema, a fim de estabelecer os marcos teóricos estruturantes para viabilizar a avaliação das questões atinentes ao julgamento de recursos repetitivos e desistência recursal no direito brasileiro.

O capítulo segundo tratará os casos concretos analisados (Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS), com a delimitação de abordagem já asseverada, a partir de apresentação pormenorizada de todo trâmite da questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a descrição dos diversos votos e considerações proferidas pelos ministros julgadores.

Ao fim, o capítulo terceiro fará a confrontação dos posicionamentos apresentados no julgamento dos casos estudados, com os pressupostos teóricos e jurisprudenciais que circundam a questão. Assim, a partir de tópicos que representam aparente conflito do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça com o sistema processual civil (legal e constitucional), buscar-se-á desenvolver uma análise crítica do *leading case* estudado.

Após o vencimento de todas as etapas da pesquisa proposta, espera-se ser possível a avaliação dos casos estudados, demonstrando-se a compatibilização ou não do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça com o sistema processual civil.

1 OS RECURSOS REPETITIVOS E O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA NA REALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL VIGENTE

1.1 O contexto da reforma instituidora do julgamento de recursos repetitivos

Para a exata compreensão do atual momento processual, com a positivação de um procedimento específico para os julgamentos de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, é preciso analisar a evolução da lei processual civil, em especial as disposições atinentes aos recursos.

A partir do estudo dos ideais reformistas do sistema de processo civil brasileiro, mormente a busca pela efetividade do processo, é possível compreender as modificações porque passou nossa legislação, ponto da instituição do instituto do julgamento de causas repetitivas. Naturalmente, este exercício passa pela análise do papel dos tribunais superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que este foi um dos motivadores da criação da nova sistemática.

1.1.1 A busca pela efetividade do processo

Ao mesmo tempo em que o Estado vedou a auto-composição de litígios, por meio do monopólio da jurisdição, avocou para si a obrigação de, sempre que provocado por meio do exercício do direito de ação, entregar a prestação jurisdicional, pacificando conflitos sociais. Desde então, o processo tem buscado atender aos ideais de uma prestação jurisdicional efetiva e, simultaneamente, tempestiva. Em outras palavras, o modo que Estado elegeu para pacificar conflitos

de interesse, ou seja, o processo, não deve apenas ser efetivo, mas deve durar razoavelmente, sob pena de falhar em sua missão.

Os ideais de efetividade e duração do processo caminham lado a lado, tendo em vista que não se pode conceber um processo realmente efetivo que perca excessivamente no tempo. Por tal razão é que se buscou encontrar o ideal entre o necessário de segurança jurídica e prazo razoável de duração para o processo. Portanto, o pensamento inicial de que do processo como instrumento de realização de direitos deveria, precipuamente, ser potencialmente eficiente para alcançar os direitos pretendidos, foi revisto.

Pode-se dizer que à concepção do processo foi adicionado um elemento social, ou seja, a figura do jurisdicionado passou a orientar a construção legislativa processual. Destarte, não só os resultados esperados – realização de direitos - devem ser atingidos por meio do processo, mas também a atividade jurisdicional deve ser, a um só tempo, célere, eficaz e o menos custosa possível. Esta é a observação de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

É evidente que quando se emprega o termo efetividade no processo quer-se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar.

Nesse contexto – da efetividade -, imperioso falar em processo civil de resultados, dotado de mecanismos e técnicas adequados para alcançar os resultados pretendidos.

A noção *chiovendiana* da efetividade não basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto a efetivar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, a fazê-lo de forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possível, traduzindo uma preocupação social.

Em tempos hodiernos, busca-se um provimento jurisdicional que atenda satisfatoriamente, a todos os direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico. Tal idéia de efetividade está ligada a uma noção muito mais ampla do que uma simples análise jurídica dos institutos processuais, espalhando seus efeitos para fora do processo¹.

¹ *Apud* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 154 -155.

Esta concepção do processo como palco de alcance de objetivos sociais pode ser atribuída aos estudos de Mauro Cappelletti, que a partir do ideal do acesso à justiça, vislumbrou que o processo é – ou, ao menos, deve ser – muito mais do que a mera dedução de uma pretensão em juízo. Oportuna a transcrição das observações do mencionado autor:

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal e duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica os processualistas modernos é expor o impacto substantivos dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica².

Vê-se, pois, que a construção da atual sistemática processual passa pela constatação de que o processo por si só não basta à satisfação de seu escopo. Devem necessariamente ser considerados os efeitos e o real impacto da atuação processual na vida daqueles que demandam e são demandados, vale dizer, o aspecto subjetivo do processo.

É exatamente por tal razão que a questão do tempo toma relevância na construção de um processo civil verdadeiramente efetivo. É que somente com a

² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1988, p. 12-13.

observância de uma duração razoável é que o conflito de interesse poderá ser pacificado, eis que, se o direito tarda em se efetivar, pode ser ineficaz a prestação jurisdicional, já que a demora o fez imprestável.

O desafio do direito processual é o de fornecer um meio eficaz de realização de direitos, com observância da necessária segurança jurídica, tudo isso em lapso temporal que não torne inapto o mandamento sentencial prolatado pelo Estado. Sobre a equação deste problema, José Rogério Cruz e Tucci conclui:

A partir da concepção formulada por Haberle, de um status *activus processualis*, passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um “prisma processual”, cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional.

O processo, como é notório, presta-se como instrumento de exercício do direito à jurisdição, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos regramentos ínsitos ao denominado *due processes of law*, importa na possibilidade de inarredável tutela de direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração em juízo. Assim também, sob a perspectiva da posição do réu, o mesmo ocorre com a tutela jurisdicional de seu respectivo direito, caso tenha ele razão.

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado³.

A tempestividade e a efetividade da prestação jurisdicional, portanto, estabeleceram as balizas para a construção e aprimoramento do sistema processual civil e, por certo, tais ideais também influenciaram o regramento recursal. É que os recursos, como instrumentos de garantia da segurança jurídica, tem como efeito natural a dilação do processo no tempo, evitando a estabilização de uma decisão. Eis as lições de Nelson Nery Jr. a respeito:

Os mais modernos ordenamentos processuais fornecem meios pelos quais as decisões judiciais pode ser impugnadas, com maior ou menor intensidade, com a finalidade de propiciar aos jurisdicionados uma justiça

³ *Apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição* – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 341-342.

mais justa, meios esses que se revelam como corretivos de decisões errôneas ou injustas. Em contrapartida, não poderiam os litígios se perpetuar no tempo, mediante mecanismos diversos, entre os quais se encontra a interposição de um recurso. Para obviar os inconvenientes daí decorrentes, há o instituto da coisa julgada, colocando em funcionamento um sistema de freios e contrapesos à adoção de remédios impugnativos de decisões judiciais, projetando-se com eficácia extraprocessual⁴.

Ocorre que, sob o enfoque do acesso à justiça, a utilização reiterada de recursos terminou por enfraquecer as decisões primárias e, cada vez mais, as partes buscavam a satisfação de seu direito, por meio da irresignação recursal, nas instâncias recursais ordinárias e superiores. Assim, a prática forense demonstrou que, ao contrário da busca por métodos alternativos para a composição da lide, as partes optavam comumente pela interposição de todos os recursos possíveis.

Este aspecto de nosso direito recursal trouxe como conseqüência um aumento considerável de recursos em trâmite perante os tribunais nacionais, acarretando um imprevisto incremento no tempo de duração do processo. Ao mesmo tempo, esta realidade fez com que a análise qualitativa das demandas desse lugar, cada vez mais, a metas baseadas na quantidade de recursos para alcançar a redução do acúmulo de recursos pendentes em nossas cortes.

A visão de Sidnei Beneti, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, demonstra a preocupação com o crescimento do número de recursos nos tribunais, em especial nas Cortes Superiores:

Pode-se afirmar com segurança que a causa principal de demora de julgamentos nos tribunais superiores consiste na imensa carga de serviço, decorrente da verdadeira inundação processual a que costumeiramente são submetidos. Motivos os mais diversos determinam a insistência recursal. Resistência natural do litigante vencido em julgamentos, zelo profissional do patrocínio derrotado, às voltas com o dever de ir até a última instância para não incidir em omissão e responsabilidade profissional pela perda de uma chance, convicção doutrinária diversa não raro antes sustentada de público ou no âmbito da intelectualidade jurídica, interesse procrastinatório devido a acumulação de vantagens decorrentes do passar do tempo, ou mesmo, desejo de adiar a definitividade da contrariedade. Não importam, em

⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. atual., ampl. e reform. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

verdade, os motivos. Relevante é a constatação de que a demora no andamento dos casos nos tribunais superiores liga-se, em regra e principalmente, à pleora de casos que a eles acorrem⁵.

No âmbito das Cortes Superiores, o aumento exagerado do número de recursos fez com que fosse colocada em risco a função primaz destes tribunais, qual seja, a de órgão de cúpula do Judiciário e, portanto, responsáveis pela unificação e harmonização do direito legal e constitucional. Em outras palavras, a missão institucional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal foi prejudicada pelo considerável número de recursos pendentes de julgamento que, nem sempre, traduziam relevante questão de direito para a sociedade coletivamente considerada.

Assim, verificou-se um enfraquecimento do chamado direito dos precedentes⁶, na medida em que as decisões tomadas pelas altas Cortes, além de não alterarem a realidade das instâncias ordinárias, eram buscadas sempre como pronunciamento último e definitivo para por fim ao processo. Portanto, duas questões se colocaram: a necessidade de fortalecimento da orientação tomada pela corte superior e, ao mesmo tempo, a criação de barreiras para evitar o acesso indevido à instância especial e extraordinária.

Para se ter apenas uma idéia da deturpação da via recursal de natureza excepcional, Rodolfo de Camargo Mancuso traz um preocupante quadro de demandas sem relevância levada à apreciação das Cortes Superiores. Veja-se:

A título ilustrativo, vale considerar algumas lides que, à míngua de *elementos de contenção*, já chegaram até o STJ, conforme notícia o jornal *O Estado de São Paulo*, de 29 out. 2000, p. A-8: *crime ambiental* envolvendo a captura de quatro minhocas para fim de pescaria; litígio de vizinhança envolvendo dois cães e dois papagaios; goteira no teto de um apartamento, advinda do piso superior; demanda envolvendo direito de uma empresa de vender botões em grosas (doze dúzias). No STF o quadro não

⁵ cf. BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cesar Asfor Rocha* – Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 509-510.

⁶ cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2006.

é menos preocupante, como dá notícia Joaquim Falcão, no artigo intitulado Repercussão Geral, publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, de 18 abr. 2004: “uma professora do Guarujá (SP) processa uma lavanderia pela perda de uma jaqueta. Inconformada com a decisão que a condenava a pagar indenização no valor de R\$ 550,00, a lavanderia recorreu ao STF. No Rio de Janeiro, o aparelho de ar-condicionado de um casal estourou enquanto o técnico o reinstalava. Condenada a pagar pouco menos de R\$ 4.000,00 por danos morais e materiais, a loja de assistência técnica interpôs recurso extraordinário no tribunal maior do país. (...) Trata-se de reconhecer que o direito já está plenamente assegurado com o tribunal estadual. O STJ julgar já é demais. O Supremo então é o excesso do excesso”. Por seu turno, aduz o Min. Carlos Velloso do STF: “O despejo de um botequim pode chegar ao STJ e ao STF. O STJ tem decidido recursos sem nenhuma relevância jurídica ou social, como, por exemplo, recursos em que se discute se é possível a criação de cães em condomínios de apartamento⁷.”

Considerando que, cada vez mais, as Cortes Superiores dispensavam tempo e atenção para recursos que não contribuíam para a realização da missão institucional – e constitucional – dos órgãos de cúpula do Judiciário, emergiu a necessidade de se pensar no estabelecimento de barreiras e filtros que pudessem alterar tal quadro. Esta realidade, também na opinião de Mancuso⁸, se dá em grande medida à cultura demandista, segundo a qual o exercício do direito de ação importa, necessariamente, na interposição de todos os recursos possíveis, até as últimas instâncias judiciais.

Importante salientar que, a despeito da chamada cultura demandista não estar adstrita à competência recursal do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, é o substancial número de recursos que tem sido objeto de preocupação por parte do legislador, até mesmo pela especialidade de suas competências originárias que naturalmente funciona como um filtro para evitar a proposição de demandas infundadas ou irrelevantes.

⁷ *Apud* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1074 - 1075.

⁸ *Apud* BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cesar Asfor Rocha* – Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 1.073.

Neste contexto é que se desenvolveu o pensamento reformista voltado para a preservação das funções constitucionais dos tribunais de cúpula do Estado, buscando-se cada vez instrumentos capazes de dar efetividade às decisões proferidas e, ao mesmo tempo, acarretar a redução do número de recursos em grande medida repetitivos e, no caso do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer transbordamento dos lindes subjetivos da questão apreciada.

1.1.2 O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário

Na esteira do princípio da efetividade, o modelo processual civil no tocante ao recurso extraordinário foi consideravelmente alterado com o advento da Emenda Constitucional 45/2004. O texto da Carta Maior foi alterado para contemplar um novo elemento ao exercício da recorribilidade extraordinária e ao próprio processamento do recurso extremo, qual seja, a repercussão geral⁹.

Com a exigência de que o recorrente, ao deduzir sua pretensão recursal, demonstre a repercussão geral da questão constitucional veiculada, criou-se um verdadeiro elemento de contenção de recursos infundados e, mais do que isso, verdadeiramente enalteceu a função do Supremo Tribunal Federal como Corte especialmente responsável pela guarda e interpretação da Constituição. É que para acessar a via extraordinária o recorrente deve demonstrar que seu intento transcende os lindes individuais do processo, fazendo emergir questão relevante para todos os jurisdicionados. Em outras palavras, os efeitos da futura decisão sobre o recurso devem ter o condão de irradiar-se para fora do caso concreto. Sobre este novo elemento, asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

⁹ A EC 45 de 08.12.2004 acrescentou ao artigo 102 da Constituição Federal o parágrafo terceiro, *in verbis*: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

A fim de caracterizar a existência de repercussão geral e, dessarte, viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social, ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia¹⁰.

Por meio de uma modificação do sistema de admissibilidade do recurso extraordinário, o legislador criou um ônus processual ao recorrente, a fim de garantir a relevância da questão ventilada no recurso. Veja-se que, a despeito da indeterminação do conceito jurídico do novo instituto, o texto constitucional elencou elementos que balizam a pretensão do recorrente, a fim de evidenciar a transcendência do recurso, tais como a relevância econômica, política, social ou jurídica, no âmbito nacional.

Cumprе destacar que a conceituação do instituto da repercussão geral é de menor importância para o estudo ora proposto, na medida em que é o aspecto da verticalização das decisões que toma relevância nas reformas processuais analisadas. Sobre este particular, observa-se que o instituto da repercussão geral não inovou o ordenamento processual, na medida em que já existentes outros instrumentos semelhantes¹¹. Novamente, destacam-se as considerações de Marinoni:

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

¹¹ O instituto da repercussão geral nos remete ao expediente da arguição de relevância prevista na Constituição de 1967, a despeito das diferenças estruturais existentes entre os institutos. A propósito: “Vale a pena aqui ainda destacar que, a bem da verdade, um modelo de filtragem sobre demandas recursais extraordinárias aptas ou não a desembocarem na Corte maior não é novidade entre nós, dada a própria existência da denominada “Arguição de Relevância” quando sob os auspícios da Constituição anterior (art. 119, III, a e d c/c § 1º da CF/1967, alterada pela EC 1/1969 c/c arts. 325, I a XI, e 327, § 1º, do RISTF, com redação dada pela Emenda Regimental 2/1985) expediente este repellido pela Constituição de 1988”. (GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ*. in Revista de Processo, ano 34, n. 170, abr./2009, p. 147).

Expedientes de compatibilização vertical das decisões judiciais já de algum tempo vêm sendo introduzidos no direito brasileiro. Assim é que se possibilita ao relator, nos juízos colegiados, negar seguimento a recurso “em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput*, do CPC), assim como se lhe consente, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com “súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC). Nosso Código de Processo Civil refere que o “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 518, § 1º, do CPC). Em nosso sistema, ainda, possibilita-se o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que o juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-se a forma ordinária (art. 285-A do CPC). Nossa constituição consente, ademais, ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes em matéria constitucional (art. 103-A).

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse caso azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.

Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, consoante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional¹².

Percebe-se que o advento da exigência da repercussão geral alterou completamente a sorte dos recursos extraordinários que, a despeito de veicularem questão de ordem constitucional, não produzem efeitos de ordem objetiva, ou seja, em escala transindividual. É que o instituto, preservando a função primaz do Supremo Tribunal Federal, retira da Corte Suprema a análise de pretensão meramente subjetiva, dando ao recurso dimensão coletiva. Nota-se que se trata verdadeiramente de requisito necessário à própria admissibilidade do extraordinário.

¹² *Id. Ibid.*, p. 18-19.

Sobre o aspecto da repercussão geral, como elemento determinante para análise de mérito do recurso extraordinário, Athos Gusmão Carneiro tece as seguintes considerações, a partir da análise desenvolvida por José Manuel de Arruda Alvim:

A respeito do tema, escreveu José Manoel de Arruda Alvim que a expressão “repercussão geral” significa praticamente a colocação de um filtro, ou um divisor de águas em relação ao cabimento do recurso extraordinário, deixando de merecer julgamento os recursos não dotados deste atributo, ainda que formal e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento. Refere o eminente processualista, com a costumeira propriedade, que o novo instituto se coloca como filtro de caráter político prévia à admissão, propriamente dita, do recurso extraordinário, e assim deverá permitir a admissão de recursos com a flexibilidade desejável, descartando aqueles recursos “que não mais tenham razão alguma de ser, senão uma insistência socialmente não desejável do recorrente, permeada por um animus lotérico” (artigo na colet. Reforma do Judiciário, sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*, p. 82; artigo in RePro 96/40)¹³.

O impacto do implemento da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário atingiu de forma considerável o número de recursos na Corte Suprema, tendo em vista que a nova sistemática além de prever a devolução dos recursos onde não foi reconhecida a repercussão geral, permite o julgamento de causas representativas da controvérsia, com o sobrestamento dos demais recursos idênticos (artigo 543-B do CPC).

De fato, os números divulgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal impressionam, na medida em que, a diferença de recursos efetivamente distribuídos na Corte Suprema, com a nova sistemática da repercussão geral, entre os anos de 2007 e 2008 ultrapassa a casa dos 40.000 (quarenta mil) recursos¹⁴, o que

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 41-42.

¹⁴ Dados constantes do Relatório de Dezembro de 2009 sobre a Repercussão Geral, editado pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio/anexo/RelatorioRG_Dez2009.pdf

demonstra a que ponto havia chegado a cultura demandista que abarrotou a Corte Suprema com recursos que não traziam discussão relevante no plano nacional.

Portanto, sem considerar os efeitos da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que no plano da “compatibilização vertical das decisões judiciais”, expressão cunhada por Marinoni, a repercussão geral verdadeiramente criou um filtro de acesso à Corte Suprema, com expressiva redução dos expedientes recursais extraordinários.

1.1.3 O advento do artigo 543-C do CPC

A idéia da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal trouxe ao legislador a incumbência de pensar semelhante mecanismo de filtragem recursal também para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao recurso especial. O intento reformista foi semelhante, ou seja, voltou-se para a redução do número de recursos, com o fim de dar maior efetividade à prestação jurisdicional.

Observe-se que o problema enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à quantidade de recursos especiais – e agravos de instrumento na hipótese de denegação – também preocupou o legislador, na medida em que, cada vez mais, a Corte via sua competência uniformizadora do direito infraconstitucional federal ameaçada. Para se ter uma idéia, em meados de 2007¹⁵, a Corte Superior registrou o seu primeiro milhão de recursos especiais e, somente no mês de outubro de 2009, foi verificada a autuação e distribuição de quase 46.000 (quarenta e seis mil) processos¹⁶.

¹⁵ Notícia veiculada em: http://ww2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=85439.

¹⁶ Dados disponíveis no Boletim Estatístico de outubro de 2009 do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/Default.asp?ano=2009&submit=Ok>

Neste contexto, os trabalhos legislativos culminaram na edição da Lei 11.672, de 8.5.2008, que acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 543-C¹⁷, prevendo um procedimento específico para o julgamento de recursos especiais considerados repetitivos. A exposição de motivos do projeto da referida lei (PL 1213/2007) deixa claro a necessidade da criação de um mecanismo destinado à racionalização dos julgamentos dos recursos especiais. Veja-se:

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

¹⁷ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

4. O presente projeto de lei é baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele Tribunal. Submetido ao crivo do Presidente da Corte Superior, a proposta foi aceita e recebeu alguns ajustes, que passaram a integrar a presente redação. Após, sofreu ainda pequenas alterações ao ser analisada pelos órgãos jurídicos do Poder Executivo.

5. Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça, grande parte deles fundados em matérias idênticas, com entendimento já pacificado naquela Corte. Já em 2006, esse número subiu para 251.020, o que demonstra preocupante tendência de crescimento.

6. Com o intuito de amenizar esse problema, o presente anteprojeto inspira-se no procedimento previsto na Lei no 11.418/06 que criou mecanismo simplificando o julgamento de recursos múltiplos, fundados em idêntica matéria, no Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Também ao Superior Tribunal de Justiça buscou-se um novo instrumento para viabilizar a efetividade da prestação jurisdicional oferecida no âmbito do recurso especial, com o fortalecimento da missão institucional da Corte Superior, qual seja, a de uniformizadora do direito federal. Contudo, observa-se que enquanto para o Recurso Extraordinário se criou um novo elemento pertinente à própria admissibilidade recursal – a repercussão geral -, ao recurso especial foi acrescido um novo sistema de julgamento de causas consideradas repetitivas. Sobre o tema, observou Athos Gusmão Carneiro:

O remédio que vem agora a ser ministrado pela Lei 11.672, de 08.05.2008 -, que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça -, como mais uma desesperada tentativa de aliviar a sobrecarga desse Tribunal, e conter o ímpeto recorrível, sobrevém, agora, o acréscimo de um art. 543-C ao Código de Processo Civil -, em molde similar ao adotado para a repercussão geral (art. 543-B, CPC) -, dispondo o seu caput que “Art. 543-C. Quando houver

¹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/555963.pdf>

multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

O recurso especial, ao contrário do recurso extraordinário, vem despido de suporte constitucional, pois o extraordinário teve o amparo do § 3º do art. 102 da CF/1988, acrescentado à Constituição pela EC 45/2004, dispondo que “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”(grifei). Destarte, os arts. 543-A e 543-B do CPC mais não fizeram do que regulamentar o § 3º do art. 102 da Constituição.

No projeto da EC 45/2004 constava a sugestão de extensão da “repercussão geral” também para os recursos especial e de revista, mas ela não foi acolhida em ambas as Casas do Congresso. No que tange ao recurso de revista, a previsão constitucional era mesmo disponível, porquanto, a competência do Tribunal Superior do Trabalho é disciplinada por lei ordinária, por determinação da própria Constituição (art. 111-A, § 1º), mas relativamente ao Superior Tribunal de Justiça, não, porquanto sua competência vem expressa no art. 105, III, a a c, da CF/1988, que não autoriza essa Corte a impor limitações à admissibilidade desse recurso, nos moldes impostos pelo art. 543-C do CPC. A regulamentação da transcendência (econômica, política, social ou jurídica), no TST, foi repassada ao seu Regimento Interno, pela MedProv 2.226/2001 (art. 2º), estando em curso no STF uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2.527-9), contra o art. 2º dessa medida provisória.

Enquanto o recurso extraordinário se assenta na “repercussão geral” e o recurso de revista, na transcendência (de natureza econômica, política, social ou jurídica), o recurso especial retido se assenta em “idêntica questão de direito”, que não é suficiente para dar-lhe suporte constitucional¹⁹.

O advento do artigo 543-C ao CPC, buscando reduzir a quantidade de recursos em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, trouxe um novo procedimento para o julgamento de recursos considerados repetitivos, ou seja, fundados em idêntica questão de direito. Assim, por meio do julgamento de uma causa representativa da controvérsia, o STJ poderá consolidar seu entendimento sobre determinado tema, aplicando-o aos demais recursos idênticos.

É preciso observar que o pressuposto para a aplicação da norma em questão é a existência de multiplicidade de recursos especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, ou seja, que exista identidade jurídica entre os diversos

¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ*. in Revista de Processo. Ano 33, n. 162, ago/2008, p. 170-171.

recursos. Portanto, de acordo com o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do citado artigo 543-C do CPC, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando o processamento dos demais ou, ainda, ao próprio relator do caso no Superior Tribunal e Justiça.

Oportuno esclarecer que procedimento semelhante também há para o recurso extraordinário, já que os artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, que regulamentaram o dispositivo constitucional instituidor da repercussão geral, previram o mesmo sistema para a hipótese de multiplicidade de recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Contudo, consoante já asseverado, não foi previsto um instituto como a repercussão geral para os recursos especiais. Conforme bem observado por Fábio Martins de Andrade:

A Lei nº 11.418/06 encontra seu fundamento de validade diretamente em dispositivo constitucional, acrescido pela Emenda nº 45/04. Ao contrário, a Lei nº 11.672/08 apenas acresce o art. 543-C ao Código de Processo Civil, sem qualquer pretensão de regulamentar qualquer dispositivo constitucional de maneira direta e imediata.

Juntamente com a modificação introduzida no art. 543-B do Código de Processo Civil, a Lei nº 11.418/06 também acrescentou o artigo 543-A, que trata da repercussão geral das questões constitucionais. De maneira diversa, a Lei nº 11.672/08 não explicita qualquer intenção de criar uma espécie de repercussão geral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo apenas utilizado mecanismo semelhante quanto ao procedimento de processamento dos “múltiplos” recursos repetitivos.

De maneira rigorosamente semelhante, no âmbito do tribunal de origem (segunda instância), caber-lhe-á selecionar um ou mais recursos representativos de idêntica controvérsia e encaminhá-lo(s) ao Tribunal Superior competente (STF ou STJ), sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo, consoante dispõem tanto a Lei nº 11.318/06, como também a Lei nº 11.672/08²⁰.

A primeira questão importante que se coloca diz respeito à própria identificação tanto da multiplicidade de recursos, quanto da questão de direito controvertida versada nos diversos recursos especiais. Por certo, trata-se de um

²⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. *Procedimentos para o Julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – Anotações à Lei nº 11.672/2008 (acréscimo do art. 543-C no CPC)*. in Revista Dialética de Direito Processual, n. 65, Agosto-2008, p. 25

conceito jurídico indeterminado, já que a lei não traça critérios objetivos para orientar a atuação dos responsáveis pela eleição dos recursos representativos da controvérsia. Sobre este aspecto:

Uma questão jurídica que poderá surgir na aplicação do procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/08 refere-se à discricionariedade conferida ao presidente do tribunal de origem na escolha dos “recursos representativos da controvérsia”. De fato, que critérios ele deverá utilizar na seleção, admissão e remessa dos “recursos representativos da controvérsia”?

Possivelmente, estes critérios serão cristalizados na experiência jurisprudencial do próprio STJ. Contudo, um bom ponto de partida poderia ser o estabelecimento de normas regimentais, sejam gerais quando emanadas do STJ, seja específicas quando emanadas dos respectivos tribunais, na forma do parágrafo 9º do art. 543-C²¹.

O texto do artigo 543-C do CPC não estabelece critérios objetivos para a seleção dos recursos considerados representativos de uma questão reiteradamente reproduzida em múltiplos outros casos. A regulamentação da norma pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Resolução/STJ número 8/2008²², também não traz tais critérios, limitando-se a regular os aspectos procedimentais do sistema.

Tanto o presidente do tribunal originário, quanto o relator do feito no Superior Tribunal de Justiça, devem procurar evidenciar os elementos de multiplicidade de recursos e identidade jurídica da questão controvertida, a fim de viabilizar a aplicação da sistemática de julgamento criada pelo artigo 543-C do CPC. De fato, a prática forense e a formação de novos precedentes trarão à tona certa medida de objetivação aos critérios para a escolha dos recursos a serem submetidos ao novo procedimento.

Após a eleição e julgamento do recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça fixará, a partir do caso concreto, a tese jurídica representativa do entendimento da Corte Superior sobre determinado tema. A partir daí, serão

²¹ *Id. Ibid.* p. 19.

²²

Disponível em:
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf?sequence=4.

viabilizados tanto os instrumentos de efetivação previstos pelo próprio artigo 543-C do CPC, no que diz respeito ao âmbito de afetação da decisão, quanto aqueles já existentes em nosso ordenamento, tais como edição de súmulas e a possibilidade de julgamento singular com arrimo no artigo 557 e parágrafos do CPC.

Vê-se, pois, que a despeito do novo regramento não obstar de modo imediato o próprio conhecimento e processamento do recurso, como acontece nos extraordinários sem repercussão geral ou sem a demonstração de tal elemento, o procedimento do artigo 543-C do CPC permite uma racionalização do julgamento de recursos semelhantes e cria um filtro de acesso à Corte Superior, na medida em que, consolidada a orientação sobre determinado tema, terá lugar a aplicação do parágrafo 7º do artigo 543-C do CPC:

§ 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I- terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II- serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a inovação procedimental no âmbito do recurso especial permitiu, de fato, o estabelecimento de um filtro de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, na medida em que autorizou o julgamento conjunto de recursos considerados repetitivos, fazendo com que os efeitos da decisão influenciem a sorte dos demais recursos sobrestados. Em outras palavras, o mecanismo buscou dar maior celeridade e efetividade aos julgamentos conduzidos pelo Superior Tribunal de Justiça que, comumente, tem sua pauta abarrotada de inúmeros recursos com fundamento jurídico idêntico.

Importa ressaltar, novamente, que não é a pretensão do presente estudo esgotar todos os aspectos procedimentais acerca da aplicação do julgamento dos recursos repetitivos no âmbito das Cortes Superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça. O que se pretende, neste momento, é tão somente a análise do

instituto enquanto fenômeno processual, ou seja, como resposta aos anseios da efetividade e celeridade do processo, ideais do espírito reformista da lei processual.

1.1.4 A diferença entre repercussão geral no STF e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos no STJ

A despeito da semelhança existente entre a técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos e o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, é preciso esclarecer que se trata de elementos processuais distintos e, por certo, com tratamento distinto. Tal constatação é de fundamental importância para o balizamento dos institutos tanto dentro sistema processual, quanto da própria ordem constitucional.

Preliminarmente, verifica-se que a técnica de julgamento de recursos repetitivos é aplicável tanto ao julgamento do recurso especial, quanto ao julgamento do recurso extraordinário. É que o Código de Processo Civil previu nos artigos 543-B e 543-C regras próprias para o julgamento dos recursos na hipótese da chamada multiplicidade. Assim, no âmbito do STF, se tem um procedimento para a análise da repercussão dos extraordinários fundados em semelhante controvérsia e, no âmbito do STJ, previsão de um procedimento específico para o julgamento de especiais fundados em idêntica questão de direito.

A norma especial de procedimento foi concebida a partir do mesmo ideal de celeridade e economia processual, na busca pela restauração da autoridade do precedente, mormente por se tratar de Cortes de natureza extraordinária com missão constitucional própria. Assim, considerando que o pronunciamento da Corte será aplicado aos inúmeros recursos idênticos, garante-se também a unidade da aplicação do direito (legal ou constitucional), alcançando tratamento isonômico entre os diversos recorrentes.

Contudo, a repercussão geral é um instituto próprio do recurso extraordinário e não se confunde com o procedimento de julgamentos de recursos especiais repetitivos. Importa, assim, apontar algumas das características próprias destes fenômenos processuais.

A primeira constatação lógica é a de que a previsão da exigência da repercussão no recurso extraordinário encontra-se no próprio texto constitucional, resultado do implemento da Emenda Constitucional 45/2004. Assim, a despeito do regramento constante do Código de Processo Civil, a gênese do instituto é precipuamente constitucional. A propósito:

A EC 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF/1988, inovando a matéria de cabimento do recurso extraordinário. Prescreve o dispositivo o ônus do recorrente de demonstrar a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, a fim de que o “tribunal examine a admissibilidade do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Embora seja da competência das turmas do STF o julgamento do recurso extraordinário, a análise dessa questão preliminar deve ser feita pelo Pleno, a quem devem ser remetidos os autos²³.

Vê-se, pois, que a exigência de repercussão geral é um requisito constitucional para o processamento do recurso extraordinário, estabelecido para que a questão constitucional veiculada na via recursal transcenda o aspecto meramente subjetivo da demanda. Tal elemento revela importante aspecto da transformação do recurso extraordinário ao longo dos tempos, cada vez mais concebido como um recurso destinado à defesa da ordem constitucional por meio do caso concreto, e não meramente do interesse das partes. A propósito:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). (...).

²³ *Apud* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 986.

“A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto de uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos²⁴ .

Tanto o ônus imposto ao recorrente em demonstrar a repercussão geral de seu recurso extraordinário, quanto o próprio processamento pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá reconhecer ou não a transcendência da pretensão recursal, funcionam com filtros para a preservação da competência e autoridade das decisões da Corte Suprema.

Diversamente, no âmbito do recurso especial, não há um requisito novo para sua admissibilidade²⁵, mas sim um novo procedimento para o julgamento de causas consideradas repetitivas, ou seja, recursos especiais que postulam idêntica questão de direito. Observe-se que a regra de julgamento de causas repetitivas foi também aplicada ao recurso especial, mas não lhe foi transportado o requisito da repercussão geral, este afeto tão somente ao recurso extraordinário. Sobre tal conclusão, pondera Antônio Pereira Gaio Júnior:

Recentemente, com o advento da Lei 11.672, de 08.05.2008, acrescentando o art. 543-C, foi estendido aos recursos especiais a metodologia semelhante ao que já havia adotado a Lei 11.418, de 19.12.2006, no tocante à multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, no âmbito dos recursos extraordinários, conforme já por nós aqui enfrentado e cuja disposição está contida no art. 543-B e seus parágrafos²⁶ .

²⁴ DIDIER Jr, Fredie *Apud* FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 983-984

²⁵ “O art. 543-A do CPC, refere que “O Supremo Tribunal Federal, decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral”. Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade recursal: não havendo repercussão geral, não existe poder de recorrer ao Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33).

²⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ*. in *Revista de Processo*, ano 34, n. 170, abr./2009, p. 153

O ponto fundamental de distinção entre as hipóteses dos artigos 543-B e 543-C do CPC não está no aspecto procedimental, eis que o julgamento de causas fundadas em idêntica questão de direito (legal ou constitucional) é mesmo semelhante. A diferença está justamente no fato de que a sistemática em análise, para o recurso extraordinário, se dá mediante a constatação da repercussão geral, requisito de admissibilidade específico desta modalidade recursal. Portanto, a despeito de a técnica de julgamento ser idêntica, seus pressupostos são diversos, na medida em que no apelo especial não há qualquer elemento de admissibilidade novo, mas tão somente a técnica em si.

Contudo, é importante registrar que adoção do julgamento de recursos considerados repetitivos, tanto no Supremo Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, trouxe uma nova perspectiva para o direito processual recursal. É que, com o novo procedimento, a partir da análise de uma ou mais causas representativas de uma determinada controvérsia, é fixado um entendimento uniforme para todos os demais recursos considerados idênticos. Portanto, há de se reconhecer uma transcendência lógica dos efeitos do julgamento do recurso submetido ao regramento dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Há, portanto, um ponto de contato entre as sistemáticas adotadas para os recursos especial e extraordinário, no tocante à hipótese de multiplicidade de causas fundadas em idêntica questão. O que se percebe é que a técnica faz com que o direito individual veiculado no recurso assumam um papel plural, na medida em que inúmeras outras pretensões serão também alcançadas. Sobre o tema, observa Luiz Fux:

É da sabença que acodem aos tribunais superiores inúmeras causas repetitivas e que por força do princípio isonomia devem receber o mesmo tratamento meritório.

Deveras essas causas decorrentes de megalesões, abarrotam os tribunais brasileiros, colocando-os no patamar de Cortes com o maior número de recursos pendentes de julgamento.

O legislador brasileiro, no afã de exterminar com esse gravoso problema, a luz da novel concepção da duração razoável dos processos e da força da

jurisprudência, esta capaz de uniformizar os resultados judiciais para causas idênticas, cumprindo o postulado da isonomia, fez exsurgir no cenário processual brasileiro os denominados “recursos repetitivos” cuja técnica de julgamento atende a necessidade de eficácia da decisão sob o enfoque transindividual, mercê de imprimir metodologia apta a esvaziar o acervo incalculável dos Tribunais Superiores²⁷.

Desde que preenchidos os demais requisitos de regularidade, e tendo regular tramitação, o recurso especial julgado como representativo de uma controvérsia presente em diversos outros casos, terá o condão de transbordar seus efeitos para além daquele caso, assumindo uma feição objetivada, como aquela já adotada para o julgamento do recurso extraordinário. Registre-se, contudo, inexistir efeito vinculante na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

1.1.5 A tutela de interesses coletivos e o julgamento de recursos repetitivos

Diante da potencialidade de os efeitos do julgamento de um ou mais recursos especiais (ou extraordinários) alcançar inúmeros outros fundados em semelhante controvérsia, parcela da doutrina passou a vislumbrar nesta técnica de julgamento um instrumento de efetivação e proteção de interesses coletivos. Em outras palavras, o procedimento de julgamento de causas repetitivas estaria a serviço não dos interesses das partes, mas sim da própria coletividade.

Ressalta-se que não se trata da tutela de interesses coletivos pelo conteúdo da pretensão recursal, ou seja, não é o objeto do recurso a busca pela defesa de um direito coletivo propriamente considerado²⁸. Ao contrário, é a própria técnica de seu

²⁷ FUX, Luiz. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. in Revista de Direito Renovar, Volume 42, setembro/dezembro 2008, Rio de Janeiro, p. 3-4

²⁸ Todavia, nada impede que exista multiplicidade de recursos cuja a controvérsia seja mesmo a proteção de um direito coletivo, que poderá ser analisado pela sistemática do julgamento de recursos repetitivos. A propósito: “Aqui, a nosso ver de modo mais evidente, existe a possibilidade de várias ações coletivas serem ajuizadas para a tutela de direitos que, nos termos da lei, têm origem comum. afinal, são direitos que admitem tratamento coletivo – desde que inequívoca sua homogeneidade -,

juízo que, por permitir uma análise por amostragem, alcançaria o interesse coletivo. Vale dizer, é a possibilidade de transcendência dos efeitos de uma decisão para todos os demais recursos idênticos que dá a feição coletiva do sistema previsto nos artigos 543-C e 543-B do CPC. Comentando o advento do art. 543-C do CPC, assim pondera Sidnei Beneti:

A mentalidade modernizadora está instalada e é da consciência dos novos dirigentes das Cortes Superiores, cuja modernidade salta aos olhos surpresos ao brilho nascente do novo Judiciário que surge. Caminha-se, e para a frente, no enfrentamento concreto da crise de congestionamento dos Tribunais Superiores. Afinal, trata-se de fornecer melhor instrumental de trabalho ao Poder Judiciário, no tocante aos seus tribunais mais elevados. É preciso permitir aos tribunais superiores que ponham fim aos processos que lhes chegam e que se reservem para o julgamento de teses de interesse para toda a sociedade, livres de questões individualísticas que devem ter resposta definitiva nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais²⁹.

A despeito das considerações acerca da dimensão supra-individual presente no julgamento de recursos repetitivos, cumpre observar que o sistema de proteção de direitos coletivos dispõe de instrumentos processuais específicos de atuação, mormente quanto à existência de ações próprias, cujo objeto é a defesa desta modalidade de direitos. Contudo, registra-se que o constante crescimento de demandas envolvendo interesses sociais coletivos trouxe transformações significativas no direito processual civil brasileiro, consoante observa Teori Zavascki:

É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas e tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis

mas poderiam ser tutelados através do processo civil individual, uma vez que se tratam dos mesmos direitos subjetivos individuais” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea. *Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos*. in Revista dos Tribunais, Ano 98, volume 882, abril 2009, p. 39).

²⁹ Apud BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cesar Asfor Rocha* – Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 521-522).

extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários, sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional³⁰.

Ainda que a sistemática de julgamento de recursos repetitivos não tenha sido vocacionada para a defesa de direitos de interesse da coletividade, verifica-se que, justamente pelo fato de a técnica proporcionar a resolução de inúmeros recursos com objeto semelhante, autores há que reconhecem o instituto também como um instrumento de proteção não só dos direitos das partes. Tal fato se dá pela presença de uma *macro-lide*³¹, representativa de uma controvérsia reprisada em diversos outros recursos, que será solucionada mediante a adoção de um procedimento específico.

1.2 A questão da desistência no sistema recursal brasileiro

No contexto da nova sistemática prevista para o julgamento de recursos repetitivos, com a concepção desta técnica como uma expressão de tutela coletiva

³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

³¹ “A macro-lide vem a Juízo em vários processos idênticos, o que deve ser detectado por antecipação pelos tribunais, à observação do que ocorre nos graus inferiores de jurisdição, de modo a os tribunais estarem preparados para elas. São processos multitudinários previsíveis, decorrentes de negócios de bancos, prestadoras de serviços públicos, financiadoras, fornecedoras de serviço de saúde, grandes empresas e, principalmente, o Poder Público. A macro-lide é forçosamente uma lide sazonal, porque derivada de alguma etapa de ajustamento econômico, político, social ou legislativo do país – como ocorreu nos casos de correção monetária da inflação, bloqueio de ativos patrimoniais em contas bancárias e cadernetas de poupança, financiamentos habitacionais, contratos derivados de telefonia – no criminal, questões atinentes a regime de execução da pena, de admissão de prisão processual, de interpretação de direitos fundamentais, como a aplicação de tratados internacionais em habeas corpus e outros casos conhecidos. Detectada a formação de uma macro-lide, como lide sazonal, o sistema deve abrir passagem para o percurso célere das instâncias, mediante o *fast-trak* recursal: algo como a abertura de linhas para o trem rápido que precisa passar depressa” (*Apud* BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cesar Asfor Rocha* – Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 513).

de direitos, exsurge a questão acerca da disponibilidade do procedimento recursal. Em outras palavras, necessária se faz a análise da compatibilidade do princípio dispositivo, previsto no artigo 501 do Código de Processo Civil, com o procedimento de julgamento de recursos repetitivos.

Partindo do pressuposto de que o procedimento estabelecido pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil trouxe regra de proteção a direitos da coletividade, trata-se, assim, de avaliar a existência de um aparente conflito implícito de normas. Ou seja, importa verificar a aplicabilidade do princípio dispositivo aos processos submetidos ao procedimento para julgamento de recursos repetitivos.

1.2.1 O princípio da disponibilidade como garantia processual

A monopolização da resolução de conflitos fez com que o Estado conferisse ao jurisdicionado, por meio do processo, um direito de provocar o ente prestador da jurisdição. Assim, por meio do direito de ação, a parte interessada retira o Estado da sua condição de inércia e requer a tutela jurisdicional, com a aplicação do direito para satisfação de sua pretensão resistida. Esta concepção da ação, como um direito de pedir tutela jurisdicional ao Estado, foi sintetizada por COUTURE: *“a partir desse momento eu tenho a impressão que chegamos ao final de uma longa jornada, como quem contempla a beleza da própria obra realizada, a ação nada mais é do que uma espécie de direito do direito constitucional de petição”*³².

Esse direito de ação, após manifestado e materializado no processo, faz nascer uma relação jurídica processual que busca a pacificação da lide submetida ao Estado³³. Naturalmente, o processo se protraí no tempo por meio de um

³² Apud LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 229

³³ Nas palavras de Alfredo Buzaid: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe a disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direito da luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas no interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para

procedimento específico, no qual são praticados uma série de atos, culminando na prolação da sentença, esta a resposta do Poder Judiciário à demanda deduzida.

Estabelecido um sistema recursal destinado a garantir segurança jurídica, preservando-a da falibilidade humana, os recursos nada mais são do que uma extensão deste mesmo direito de ação, na medida em que se prestam atender à irresignação do vencido, evitando a ultimação da coisa julgada material. Em outras palavras, a inauguração da via recursal dilata a duração do processo. Por isso, Nelson Nery Júnior assevera que o recurso deve ser entendido como “*um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido este em seu sentido mais amplo, abrangendo, também, os procedimentos de jurisdição voluntária*”³⁴.

Considerando que o intento recursal pressupõe uma lide já instaurada, o direito de recorrer é mesmo uma faculdade daquele se sentiu prejudicado pela decisão, ou acredita que ela padece de algum vício que prejudica sua inteligência³⁵. Assim, o recurso está submetido ao princípio da voluntariedade³⁶, ou seja, a parte interessada decide pela interposição, não podendo ser compelida a exercer seu direito de recorrer. A propósito, leciona Rui Portanova ao tecer considerações acerca do duplo grau de jurisdição:

Cumprido dizer que o duplo grau é voluntário. É o princípio da voluntariedade. Como consequência direta do princípio da demanda,

conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos” (*Apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 35).

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. atual., ampl. e reform. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

³⁵ Portanto, considera-se os embargos declaratórios também como modalidade de recursos, consoante ensina Barbosa Moreira: “Ao nosso ver, a questão é puramente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que, 'de lege ferenda', outra lhe pareça mais aconselhável” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts 476 a 565 – Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 542).

³⁶ “Basta lembrar que recurso é prolongamento do direito de ação para se perceber que tem de haver, por parte do recorrente, manifestação volitiva no sentido de ter julgado o recurso” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – 4 ed. reform., atual. e ampl.* - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 516).

ninguém pode obrigar a parte a recorrer, assim como ninguém pode obrigar a parte a deixar de recorrer. O duplo grau depende da vontade da parte, do terceiro ou do Ministério Público que, vencido, em parte ou totalmente, pretender submeter a decisão a reexame.

O recurso interposto sem o conhecimento e vontade da parte recorrente não pode ser conhecido. Não pode o juiz, de ofício, interpor recurso pela parte, ainda que se trate de incapaz ou hipossuficiente de maneira geral. “Manifestação do princípio da voluntariedade é, por exemplo, o não-conhecimento do recurso, quando houver fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tal como a renúncia ou desistência do recurso, ou ainda aquiescência à decisão que se pretenda ver modificada ou invalidada; “faltaria 'vontade' inequívoca de recorrer” (Nery Jr. 1993, p. 346)³⁷.

Neste turno, assim com há a garantia constitucional ao direito de ação, por meio do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), do qual decorre também o direito de recorrer, também se garante à parte o direito de resignar-se, ou seja, de dispor de seu recurso (art. 5º, II, também da Constituição).

Trata-se do chamado princípio da disponibilidade (ou princípio da demanda), que faculta à parte o direito de encerrar – ou não inaugurar - sua pretensão recursal, desde que observadas algumas regras de forma, fazendo incidir o trânsito em julgado da decisão recorrida. Em outras palavras, o princípio dispositivo permite à parte tanto não interpor o recurso, quanto dele desistir após sua interposição. Novamente, as lições de Rui Portanova bem sintetizam a questão:

Assim, de regra, não há processo civil sem demanda. A Constituição, de um lado, assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos (letra a, inc. XXXIV, do art. 5º). Por outro lado, nenhum juiz poderá prestar a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e nas formas legais (art. 2º do CPC).

Como visto, o princípio da inércia da jurisdição e o da demanda têm conteúdos similares, só mudando o prisma de análise. A inércia é analisada pelo lado passivo: é a jurisdição que aguarda passivamente a iniciativa da parte pela demanda. Já a demanda é vista pelo lado ativo: é a parte que movimentada a jurisdição que, por princípio, é inerte. Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 49) desdobra o princípio da demanda em dupla faceta: movimentador da jurisdição e limitador da ação do juiz nos limites daquilo pelo qual foi movimentado o Poder Judiciário. Reconhecemos que o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte é, sem dúvida, uma

³⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios no Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2005, p. 266.

conseqüência do princípio da demanda, mas preferimos separá-los e alinhá-los em capítulos próprios.

A disponibilidade informa o princípio da demanda também de forma negativa. A parte, mesmo sentindo-se prejudicada, pode deixar a questão como está. Esta face negativa do princípio é importante porque, sem perder a disponibilidade, a parte é livre de permanecer no estado em que está. Ninguém, por pior que seja o prejuízo do titular do direito de acionar, pode obrigar a parte a provocar o Poder Judiciário para resolver o litígio. Ninguém pode ser obrigado a exercer ou deixar de exercer o que lhe caiba. A compulsoriedade de exercício de uma faculdade legal ou de um direito subjetivo contradiz o próprio conceito de direito. No Brasil não há, como na Constituição decretada pela Assembléia Federal da Confederação da Suíça, uma regra dizendo que “Nenhuma pessoa pode ser forçada a fazer valer contra sua vontade, ou antes do que queira, o direito, real ou provável que tenha” (art. 41). Aqui, o efeito negativo do princípio da disponibilidade advém tanto da inexistência de legislação em contrário, como do inc. II do art. 5º da Constituição, que diz: “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³⁸.

Tanto o direito de ação, quanto o direito dela dispor e, por conseguinte, o direito de recorrer ou não recorrer, são garantias processuais necessárias ao regular trâmite do processo, razão pela qual possuem gênese constitucional e regulação específica na lei processual civil.

1.2.2 O artigo 501 do Código de Processo Civil

No âmbito recursal o direito de disponibilidade encontra-se presente tanto no próprio ato de não recorrer, seja pela renúncia ou pela prática de outro ato contrário à pretensão recursal, seja pela possibilidade de desistência de um recurso já interposto. De uma forma ou de outra, o efeito será o mesmo, qual seja, a parte resigna-se com os termos da decisão recorrida e externa seu interesse em por fim ao processo, atraindo a incidência da coisa julgada.

O Código de Processo Civil prevê expressamente em seu artigo 501 que “o *recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos*

³⁸ *Id. Ibid.* p. 115-116.

litisconsortes, desistir do recurso”. Veja-se, portanto, que a lei processual, na esteira da garantia constitucional da disponibilidade, permite que ao recurso já interposto seja dado fim, sem julgamento, mediante a manifestação da desistência.

Neste caso, a pretensão recursal verdadeiramente deixa de ter razão de existir, eis que a parte que manifestou interesse em sua interposição não mais assim se posiciona. Portanto, sendo o interesse recursal pressuposto para o regular processamento do recurso, o expediente fica esvaziado de conteúdo na hipótese de desistência. Assim leciona Pontes de Miranda:

Desistência do recurso é a declaração de vontade pela qual o recorrente quer que o procedimento do recurso não continue, porque ele retira o que manifestara quando exercera a pretensão recursal. Há retirada da *vox*. Com a desistência cessa o recurso e, em consequência, nenhum julgamento haverá. Se a matéria do recurso é divisível, a desistência pode ser parcial. Pode ser que o legitimado a recorrer, antes de exercer a pretensão recursal, declare que não quer recorrer. Aí, não se trata de desistência; mas de renúncia ao recurso (inconfundível, frise-se, com a renúncia a qualquer direito, pretensão ou ação objeto da ação, em cujo processo ocorreu decisão recorrenda). Se o recorrente deixa de preparar, no prazo legal, o recurso, dele não desistiu: dele desertou. O caso é de deserção³⁹.

Portanto, a única exigência que o artigo versado levanta é a existência de um recurso interposto em um processo já instaurado e, por certo, que o julgamento ainda não tenha iniciado (ou seja, inaugurada a votação) ou ultimado, sob pena de ser ineficaz o ato de desistência. Não há previsão de forma especial para o ato de desistir podendo, até mesmo, ser externado oralmente na própria sessão de julgamento (antes do procedimento de votação)⁴⁰. Observa-se, ainda, que a desistência se insere no elenco de poderes especiais de representação, nos termos do artigo 38⁴¹ do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade do ato.

³⁹ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII: arts. 496 a 538*, Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 79.

⁴⁰ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts 476 a 565* – Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 332.

⁴¹ “Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação

Por fim, cumpre esclarecer que a desistência do recurso não se submete à anuência da parte contrária, tampouco é necessária autorização judicial neste sentido. É que o ato de desistir é unilateral, operando os seus efeitos desde logo, cabendo ao julgador tão somente homologar a manifestação para que seja dado fim ao procedimento recursal. Sobre a natureza desta desistência, leciona Barbosa Moreira:

O órgão judicial, tomando conhecimento da desistência do recurso e verificando-lhe a regularidade, simplesmente declarará extinto o procedimento recursal, podendo acontecer, no entanto, que o feito haja de prosseguir em razão da existência de outro recurso contra a mesma decisão, ou por ser interlocutória aquela de que se tinha recorrido.

A desnecessidade de homologação não significa exclusão de toda e qualquer atuação do juiz (ou do tribunal). É óbvio que este há de conhecer do ato e exercer sobre ele o normal controle sobre os atos processuais em geral. A diferença em relação às hipóteses de ato dependente de homologação reside em que, nestas, o pronunciamento judicial tem natureza constitutiva, acrescenta algo de novo, e é ele que desencadeia a produção dos efeitos, ao passo que, aqui, toda a eficácia remonta à desistência, cabendo tão-só ao juiz ou tribunal apurar se a manifestação de vontade foi regular e – através de pronunciamento meramente declaratório certificar os efeitos já operados⁴².

Verifica-se, pois, que a desistência recursal, além de decorrer das garantias constitucionais do acesso à jurisdição e legalidade, encontra-se expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 501), sendo que tal procedimento não se submete a qualquer condição ou termo estranho ao texto da lei para sua validade; trata-se de ato unilateral de eficácia imediata.

inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso”.

⁴² *Id. Ibid.*, p. 334-335.

1.2.3 Tratamento jurisprudencial da desistência recursal no âmbito do STJ e STF

O entendimento consolidado em relação à desistência recursal, em especial dos recursos extraordinário e especial, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, é semelhante. Predomina a orientação de que a desistência do recurso é verdadeiro direito do recorrente, desde que atendidos os requisitos necessários (tais como procurador com poderes especiais e ter a manifestação se dado antes de iniciado a coleta de votos).

A título exemplificativo, destacam-se os seguintes julgados da Suprema Corte sobre o tema, nos quais foi reconhecido o direito de disposição do recurso:

EMENTA: “O pedido de homologação de desistência de recurso pode ocorrer a qualquer tempo, sem anuência da parte contrária. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido”. (AI 633646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2007, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00022 EMENT VOL-02300-09 PP-01956).

EMENTA: “Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Agravo de instrumento. Desistência. Homologação. Extinção do processo. Agravo regimental. Alegação de ofensa ao princípio do contraditório. Falta de Interesse de agir. Agravo não provido. Não ofende o princípio do contraditório decisão que homologa desistência do recurso de agravo de instrumento manifesta pela parte ora agravada” (AI 548763 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 19-05-2006 PP-00014 EMENT VOL-02233-05 PP-00959 RTJ VOL-00202-01 PP-00386).

EMENTA: “QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESISTÊNCIA MANIFESTADA DEPOIS DE INICIADO O JULGAMENTO. ART. 501 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ACOLHIMENTO. Em atenção ao disposto no art. 501 do CPC, é de ser homologada a desistência do recurso manifestada após a interrupção do julgamento, em decorrência de pedido de vista, embora os votos já proferidos não tenham conhecido do apelo. Precedentes. Questão de ordem que se decide pela homologação da desistência” (RE 113682 QO, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 11-10-2001 PP-00018 EMENT VOL-02047-02 PP-00418 RTJ-00182 T-01 PP-00298).

Na mesma direção é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Desistência da ação anterior ao julgamento. Anulação do julgado. Embargos de declaração. Efeito modificativo. Possibilidade.

- Deve ser reconhecida a desistência de recurso apresentada antes do julgamento do recurso, pela Turma.

Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo” (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 876.853/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/03/2009).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL, SEM RESSALVAS. HOMOLOGAÇÃO EFETUADA. PEDIDO DE RETRATAÇÃO, EM RELAÇÃO A PARTE DO RECURSO, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a desistência do recurso produz efeitos imediatos, tendo em vista que, nos termos do art. 501 do CPC, "o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso". A produção dos efeitos prescinde, inclusive, de homologação judicial, pois o atual Código de Processo Civil não exige essa providência (STF-RE 65.538/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Antônio Neder, DJ de 18.4.1975; REsp 246.062/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 20.5.2004).

2. Assim, formulado de modo regular o pedido de desistência do recurso, e havendo a respectiva homologação, opera-se a preclusão, cujo principal efeito é o de ensejar o trânsito em julgado em relação à decisão recorrida, caso não haja outro recurso pendente de exame.

No mesmo sentido: REsp 7.243/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 2.8.1993; AgRg no RCDESP no Ag 494.724/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 10.11.2003. Na doutrina, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EDcl no REsp 1014200/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008)

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECORRENTE HOMOLOGADO PELO RELATOR. PREVALÊNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 501 DO CPC E 34, IX E XI, DO RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Tendo o agravante desistido de seu recurso especial, este não será apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo prevalecer a decisão imediatamente anterior, inclusive no que diz respeito a custas e honorários advocatícios. Por conseguinte, não há falar em condenação da parte agravada. Inteligência do art. 501 do CPC c/c o 34, IX e XI, do RISTJ.

2. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 439.983/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 05/02/2007 p. 324).

No que toca ao Superior Tribunal de Justiça, oportuno salientar que este entendimento encontra-se assentado para o julgamento de quaisquer recursos especiais, até a edição da Lei 11.672/2008, que instituiu o julgamento de recursos repetitivos (artigo 543-C, do Código de Processo Civil).

Destarte, tanto os precedentes da Corte Superior, quanto da Corte Suprema, demonstram que, em regra, o entendimento consolidado é o de que o artigo 501 do Código de Processo Civil tem aplicação aos recursos de sua competência constitucional, tendo lugar a homologação, com a posterior extinção do procedimento recursal.

1.2.4 A desistência no procedimento dos recursos repetitivos

Observa-se, portanto, que são erigidas ao patamar de garantia processual – de gênese constitucional – tanto o direito de interposição de recursos, dilatando-se a duração do processo e densificando o exercício da ação, quanto a própria desistência do recurso interposto, expressão do princípio da disponibilidade recursal (artigo 501 do Código de Processo Civil).

Porém, com a instituição do procedimento de julgamento em massa de recursos, regramento instituído pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, surge a questão da aplicação do princípio da disponibilidade recursal e, por conseguinte, do cabimento da desistência, nos recursos especiais submetidos à nova sistemática.

A temática toma relevância a partir do momento em que parcela da doutrina vislumbra no procedimento de julgamento de recursos repetitivos uma espécie de tutela de interesses coletivos, na medida em que a decisão tomada atingirá não só as partes envolvidas, mas também todos aqueles com recursos considerados idênticos.

1.2.4.1 A ausência de regulação específica

Preliminarmente, é preciso observar que o artigo 543-C do Código de Processo Civil, instituidor do procedimento para julgamento de recursos especiais repetitivos, não trouxe em seu texto qualquer disposição atinente à desistência do recurso submetido à nova sistemática.

Além disso, a Lei 11.672/2008 não trouxe qualquer alteração ao texto originário do artigo 501 do Código de Processo Civil, norma que prevê a possibilidade de desistência do recurso, a qualquer tempo, independentemente da anuência da parte contrária.

Mais ainda, também não consta da Resolução/STJ número 8, que regulamentou o procedimento dos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nenhuma norma específica a respeito da questão da desistência do especial selecionado para a fixação de uma tese. Aliás, sequer poderia fazê-lo, tendo em vista que, silenciando a lei, e cuidando-se de direito processual, somente a própria lei poderia ter regulado a questão.

Portanto, trata-se de verdadeira *vexata questio*, na medida em que tanto a lei, quanto os atos regulamentares, não trataram da desistência recursal na hipótese de recurso especial submetido à sistemática estabelecida pelo novo artigo 543-C do Código de Processo Civil.

1.2.4.2 O aparente conflito entre interesses individuais e coletivos

Considerando que a desistência do recurso externa a vontade do recorrente em não mais ver seu recurso julgado e, portanto, a assunção definitiva dos efeitos da decisão recorrida por meio da consumação da coisa julgada, verifica-se que o ato

revela a expressão de um interesse particular do recorrente. É que se trata de um ato unilateral, que produz efeitos imediatos, e sequer necessita de anuência da parte ou autorização judicial para sua efetivação⁴³.

Por outro enfoque, há o entendimento segundo o qual o procedimento regulado pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil – julgamento de recursos especiais repetitivos – criou regra de proteção a interesses coletivos uma vez que, a partir do julgamento de um único recurso, o entendimento firmado alcançará todos os demais recorrentes que deduziram “idêntica questão de direito”. Em outras palavras, há a concepção de que, neste caso, o interesse coletivo é que está sob tutela e, portanto, deve ser preservado.

Diante das considerações expostas, se vislumbra um aparente conflito de normas, tendo em vista que, de um lado há o direito do recorrente de por fim ao seu recurso sem julgamento, de outro, há o interesse coletivo em ver firmada uma tese com aplicação em diversos outros casos semelhantes. Portanto, ao menos aparentemente, a norma do artigo 501 do Código de Processo Civil, que prevê o direito de desistir do recurso interposto, seria incompatível com o procedimento do artigo 543-C, também do Código de Processo Civil, que trouxe as regras do julgamento de recursos repetitivos.

1.2.4.2.1 O julgamento de recursos repetitivos como procedimento

Se tomadas as considerações feitas em relação à diferenciação entre o instituto da repercussão geral e o julgamento de recursos especiais repetitivos, é

⁴³ “A desistência é conduta determinante (determinar resultado desfavorável a quem a pratica) e, como tal, somente produz efeitos em relação ao recorrente” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 6 ed. Bahia : Editora Jus Podivm, 2008, p. 38).

possível concluir que, enquanto o primeiro instituto expressa regra de tutela da ordem constitucional – e, por consequência, do interesse comum -, a sistemática de julgamento de recursos especiais repetitivos é, antes de tudo, uma regra de procedimento.

Observa-se que a repercussão geral estabeleceu um requisito novo para o próprio conhecimento do recurso extraordinário, impondo ao recorrente a demonstração da feição objetiva de sua pretensão recursal. Em outras palavras, a própria Constituição estabeleceu que o extraordinário somente tem lugar se a questão nele veiculada transpor os interesses subjetivos das partes envolvidas⁴⁴.

Contudo, para interposição do recurso especial, ao contrário, não se exige que a pretensão recursal seja transcendente ao interesse das partes. Para o acesso à via especial basta o preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, amoldando-se o caso a uma das hipóteses constitucionais de cabimento recursal. Portanto, ao menos em princípio, a pretensão recursal especial sempre estará alicerçada no interesse do recorrente em, a partir da modificação do julgado recorrido, favorecer-se. Logicamente, por via reflexa, garante-se a unidade da interpretação do direito federal.

Esta diferenciação é fundamental para que não se confunda as hipóteses dos artigos 543-A e 543-B com o artigo 543-C, este último o regramento do julgamento dos recursos especiais repetitivos. Vale ressaltar, há um pressuposto de admissibilidade próprio do recurso extraordinário (existência de repercussão geral) que não se aplica ao recurso especial.

Ao detectar que a pretensão recursal representa uma questão de direito reiteradamente trazida à apreciação da Corte Superior, ao Superior Tribunal de Justiça é facultado inaugurar um procedimento de julgamento de recursos especiais

⁴⁴ “Impõe-se que a questão debatida, além de ser ensartar como de relevante importe econômico, social, político ou jurídico, ultrapasse o âmbito do interesse das partes. Vale dizer: tem de ser transcendente” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37).

repetitivos. Ou seja, a partir do julgamento de um ou mais recursos representativos da controvérsia, fixar um entendimento padrão sobre determinada temática.

Pode-se concluir que, antes de tudo, a regra do artigo 543-C do Código de Processo Civil estabelece um procedimento específico para o julgamento de causas repetitivas. Logicamente, considerando que a multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito é pressuposto para sua aplicação, a sistemática atingirá inúmeros outros recursos.

Neste contexto, conclui Samir José Caetano Martins sobre o objetivo da regra de procedimento estabelecida no artigo 543-C do Código de Processo Civil:

Os objetivos do instituto são *prevenir* o dissídio jurisprudencial e, em perspectiva mais ampla, a própria disseminação de processos judiciais sobre o tema debatido. Os instrumentos tradicionais de harmonização da divergência entre os tribunais da Federação (art. 105, III, c, da Constituição da República) e de pacificação de entendimentos por meio de súmula de jurisprudência predominante só atuam após o surgimento do dissídio ou da grande multiplicação de processos sobre a matéria repetitiva⁴⁵.

Portanto, o julgamento de recursos especiais repetitivos caracteriza-se como um particular aspecto procedimental, destinado a aperfeiçoar a apreciação de recursos idênticos, viabilizando maior efetividade e celeridade nos recursos especiais, possibilitando o alcance da missão constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de aspecto meramente procedimental, as disposições atinentes à desistência recursal (artigo 501 do Código de Processo Civil) seriam plenamente aplicáveis ao recurso especial submetido ao julgamento de causas repetitivas (artigo 543-C do CPC), não havendo que se falar em conflito de normas.

⁴⁵ MARTINS, Samir José Caetano. *O julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Lei 11.672/2008)*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 64, julho-2008, p. 115.

1.2.4.2.2 O julgamento de recursos repetitivos como tutela de interesses coletivos

Diante da constatação de que o julgamento de um recurso possibilitará a afirmação de uma orientação comum e uniforme para tantos outros recorrentes, é possível desenvolver a idéia de que o procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil encerra regra de proteção do interesse coletivo.

Inaugurada a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, ao interesse subjetivo das partes seria acrescido o interesse coletivo na fixação de uma tese pacificadora de um tema. Assim, a feição do recurso especial, a partir de então, passaria a ser preponderantemente objetivada, voltada à tutela do interesse coletivo.

Com a adoção do procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, haveria uma divisão entre a sorte do recurso (aspecto subjetivo) e a fixação de uma tese para aplicação em outros recursos idênticos (aspecto objetivo ou transcendente). A propósito:

Trata-se, à semelhança da declaração incidental de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) e da uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC), de incidente processual (ou procedimento incidental) destinado a interpretar o direito objetivo, isto é, resolver questão de direito relevante para o julgamento da causa, a fim de que ele seja corretamente aplicado (a decisão é vinculante) pelo mesmo ou outro órgão do Tribunal. Ocorre, assim, uma cisão entre a interpretação e aplicação do direito⁴⁶.

Diante de tal consideração, o interesse coletivo seria preponderante ao direito individual do recorrente, razão pela qual a desistência do recurso afetado para julgamento na forma estabelecida pela norma em estudo seria inconcebível. Assim se posiciona Luiz Fux:

O escopo da novel técnica é atingir uma multiplicidade de demandantes, o que significa o seu espectro transindividual, suficiente por si só para tornar indisponível e impossível de desistência o recurso interposto.

⁴⁶ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 76, julho-2009, p. 35.

A doutrina do processo coletivo, a que pertencem os recursos repetitivos, assenta que na jurisdição transindividual o próprio Poder Judiciário tem interesse jurisdicional no conhecimento do mérito.

Ademais, o processo coletivo tem a sua principiologia própria que informa a axiologia de seus institutos, suprimindo inclusive lacunas da lei, como recomenda a regra de supra direito do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o art. 126 do Código de Processo Civil.

O Princípio da Efetividade Processual nas demandas coletivas assume relevo singular, porquanto nessa modalidade de tutela jurisdicional coletiva visa-se numa só relação processual pacificar o maior número de conflitos sociais possíveis, mercê da função preventiva de evitar a proliferação dos mesmos, gerando instabilidade social.

Outrossim, a desistência recursal acaso permitida pode ensejar fraude processual, obstando a que a jurisdição cumpra o seu escopo maior, qual o de pacificar e uniformizar as decisões judiciais para causas idênticas.

A defesa da jurisdição, nesse caso, é imanente aos poderes do juiz ínsitos nos arts. 125 e 129 do Código de Processo Civil, aplicável aos órgãos de instância a quo quando selecionam os recursos representativos da controvérsia, bem como aos relatores dos processos afetados⁴⁷.

Na mesma direção do posicionamento citado:

A interpretação da lei em tese, por sua própria natureza, não interessa apenas às partes (recorrente e recorrido), mas a toda coletividade, pois pode interferir não apenas nos processos pendentes, mas no próprio comportamento a ser adotado pelas pessoas que se encontrem na mesma situação. Por outro lado, ninguém pode “impedir” que o Superior Tribunal de Justiça (ou qualquer órgão jurisdicional) interprete determinado preceito legal a fim de julgar determinado caso concreto.

Ocorre, no entanto, que a desistência do recurso especial, na hipótese do art. 543-C do CPC, não é apta a impedir que o Superior Tribunal de Justiça cumpra sua função de interpretar o Direito federal e uniformizar a sua aplicação⁴⁸.

Nesta linha de raciocínio, a desistência recursal não teria aplicação ao recurso especial julgado como repetitivo na forma do artigo 543-C do CPC, ante a preponderância do interesse coletivo no deslinde da causa. De outro lado, a

⁴⁷ FUX, Luiz. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. In Revista de Direito Renovar, Volume 42, setembro/dezembro 2008, Rio de Janeiro, p. 11.

⁴⁸ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 76, julho-2009, p. 37.

desistência, ainda que manifestada, não impedirá o julgamento do recurso para fins de fixação de uma tese para os demais casos idênticos.

2 O CASO CONCRETO: QUESTÃO DE ORDEM NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.063.343/RS E 1.058.114/RS

2.1 O caso originário e seu trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça

O ponto de partida para o estudo que ora se propõe⁴⁹ está no julgamento dos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS, ambos interpostos por Banco Volkswagen S/A em face de Luciane Maluche e Luciane Gonçalves da Costa, respectivamente, distribuídos à relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Os mencionados recursos excepcionais foram interpostos em face de acórdãos proferidos em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação ordinária de revisão de contratos bancários, movidas por consumidoras em desfavor de instituição financeira. Em ambos os feitos, a decisão proferida pelo tribunal estadual mostrou-se parcialmente favorável ao consumidor, determinando a alteração de diversas disposições contratuais pactuadas entre as partes envolvidas.

A pretensão recursal, em ambos os casos, voltou-se para o restabelecimento dos encargos contratuais contratados entre as partes, tais como percentual de juros remuneratórios e moratórios, comissão de permanência, capitalização mensal de juros, dentre outras disposições. Para tanto, a instituição bancária recorrente apontou violação a diversos preceitos legais que regulamentam os contratos objeto de revisão.

⁴⁹ Importa esclarecer que as nuances pertinentes ao mérito dos recursos em questão não tem relevância para o estudo ora proposto, e por tal razão não serão objeto de análise detida, na medida

2.1.1 A decisão de afetar os recursos à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil e a manifestação do pedido de desistência pelo recorrente.

Admitidos os recursos especiais na origem, ascenderam os apelos ao Superior Tribunal de Justiça e, após seu regular processamento e distribuição, a Ministra Fátima Nancy Andrichi, relatora dos casos, decidiu pela submissão dos processos ao procedimento previsto no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução/STJ número 8/2008, a fim de firmar orientação acerca da cobrança do encargo contratual denominado comissão permanência, presente nos contratos bancários de consumo.

Assim, foram sobrestados todos os demais recursos especiais com semelhante discussão e, após a expedição de notícia do procedimento ao Banco Central do Brasil, IDEC- Instituto de Defesa do Consumidor, FEBRABAN- Federação Brasileira de Bancos e Defensor Público-Geral da União, o julgamento dos recursos foi submetido à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Eis o teor da decisão proferida pela Ministra Relatora do caso:

“DESPACHO

Na forma do art. 2º, § 1º, da Resolução nº 08, de 07 de agosto de 2008, do Superior Tribunal de Justiça, afeto à 2ª Seção o julgamento do presente recurso especial e do REsp n.º 1.058.114/RS, para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Oficie-se ao Presidente do STJ, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com cópia do acórdão recorrido e da petição de interposição do recurso especial, comunicando a instauração do aludido procedimento, para que suspendam o processamento dos recursos especiais que versem sobre a legalidade da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor.

Comunique-se aos demais membros da 2ª Seção.

Nos termos do art. 543-C, § 4º, do CPC, dê-se ciência, facultando-lhes manifestação no prazo de quinze dias:

- ao Presidente do Banco Central do Brasil;
- ao Presidente da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN;

em que é o aspecto procedimental recursal na Corte Superior, e seus desdobramentos, que delimitam o alcance da pesquisa.

- ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC;
- ao Defensor Público-Geral da União.

Recebidas as manifestações ou decorrido *in albis* o prazo acima estipulado, abra-se vista ao Ministério Público Federal, pelo prazo de quinze dias (art. 543, § 5º, do CPC).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 22 de outubro de 2008.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora".⁵⁰

Foram colhidas manifestações de algumas das entidades acima notificadas com a finalidade melhor instruir o julgamento da causa repetitiva. Após, a Ministra Relatora do caso incluiu os processos na pauta de julgamentos da Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça, em 26/11/2008.

Todavia, em 21/11/2008, após a inclusão dos casos em pauta, e antes do início do julgamento, o Banco Volkswagen S/A, parte recorrente em ambos os recursos especiais já mencionados, apresentou petição dirigida à Ministra Relatora, manifestando desistência em relação aos recursos interpostos, com requerimento de posterior baixa dos autos à origem.

2.1.2 A suscitação de Questão de Ordem no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça pela relatora do feito

Diante da manifestação de desistência dos recursos, por ocasião da sessão de julgamentos da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Relatora suscitou Questão de Ordem, por considerar que a desistência do recurso submetido à sistemática do julgamento de causas repetitivas não teria lugar, porquanto seria incompatível com o interesse coletivo subjacente. Ponderou a relatora, naquela ocasião, que a manifestação de desistência às vésperas de

50

Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=845190&sReg=200801289049&sData=20090604&formato=PDF.

juízos relativos a processos submetidos ao procedimento estabelecido pela Lei 11.672/2008 revelou-se uma prática reiterada⁵¹.

No entendimento da Ministra Nancy Andrighi o processamento dos recursos especiais na forma prevista pelo art. 543-C do Código de Processo Civil dá ao procedimento caráter plurissubjetivo, existindo manifesto interesse público no julgamento da causa, daí a impossibilidade da parte recorrente desistir do recurso afetado para julgamento nesta hipótese.

Suscitou-se, então, a afetação à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça Questão de Ordem acerca da possibilidade ou não de desistência nos recursos afetados ao procedimento regulado pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil. Seu posicionamento, consoante exposto, seria pela incompatibilidade da desistência com a nova sistemática.

Após esclarecer que o julgamento da causa em si não seria afetado à Corte Especial, mas somente a Questão de Ordem relativa à desistência, a relatora do feito passou à colheita dos votos dos demais integrantes do órgão julgador fracionário.

2.1.2.1 Voto do Ministro Fernando Gonçalves

O Ministro Fernando Gonçalves, antes de proferir seu voto, ponderou que a Segunda Seção já havia, em outras hipóteses, deferido o pedido de desistência formulado, inclusive, no mesmo dia do julgamento. Além disso, à parte é dado o direito de desistir de seu recurso, mormente na hipótese de direitos disponíveis.

⁵¹ Como exemplos, foram citadas as desistências formuladas nos julgamentos do Recurso Extraordinário 286.396/RS, que tratava da questão da constitucionalidade da Medida Provisória 2.170; do Recurso Especial 1.053.053/RS, que tratava da possibilidade de suspensão da ação individual de cobrança de diferenças dos chamados expurgos inflacionários incidentes sobre as cadernetas de poupança, em face da prolação de sentença em ação coletiva com idêntica finalidade.

Assim, não haveria razão para a discussão acerca da possibilidade ou não de homologação da desistência manifestada.

Sobre tal informação, a Ministra Relatora esclareceu que, tratando-se de matéria de fundamental importância para a Corte, seria o caso de afetar a Questão de Ordem à Corte Especial do STJ. No seu entender, à parte não seria dado o direito de por fim a um procedimento de julgamento que transcende os interesses individuais do recorrente e recorrido.

Contudo, para conciliar o direito individual de desistência do recorrente e o interesse público no julgamento do feito, a Ministra Relatora propôs que fosse feita uma cisão entre o julgamento do mérito da causa e fixação da orientação na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Prestados tais esclarecimentos, o Ministro Fernando Gonçalves proferiu seu voto no sentido de que a desistência manifestada tempestivamente, antes do início do julgamento do recurso, deveria ser homologada, mesmo na especial situação.

2.1.2.2 Voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior

Após, proferindo seu voto, o Ministro Aldir Passarinho Júnior ponderou que, de fato à parte é dado o direito de desistir do recurso interposto. Contudo, considerou que, havendo inegável interesse público no julgamento da causa, a manifestação da desistência representaria, em seu entendimento, falta de boa-fé e de lealdade processual. Assim, posicionou-se pelo acolhimento do pedido de desistência, mas com o reconhecimento da prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, com aplicação das penalidades previstas nos artigos 14 e 17 e do Código de

Processo Civil⁵² e ciência da Ordem dos Advogados do Brasil para que adote as providências disciplinares que entender cabíveis.

2.1.2.3 Voto do Ministro João Otávio de Noronha

Inaugurando novo posicionamento, o Ministro João Otávio de Noronha esclareceu que a auto-composição é um direito da parte e a desistência é uma forma de auto-compor, pois, neste caso, deixa de existir resistência à pretensão da parte contrária. Portanto comparecer em juízo e dele sair são facetas de um mesmo direito constitucional de acesso à prestação jurisdicional.

⁵² “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;*
- II - proceder com lealdade e boa-fé;*
- III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;*
- IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.*
- V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.*

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

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

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*
- II - alterar a verdade dos fatos;*
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.*
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.*

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

Observou o Ministro que o julgamento do recurso repetitivo é uma mera técnica processual, e a decisão do uso desta técnica não é da parte, mas da própria Corte. Em outras palavras, a parte não requer que seu recurso transcenda os lindes subjetivos pelo julgamento na forma do art. 543-C do CPC. Trata-se, portanto, de uma verdadeira regra de gestão, de política judiciária, nas palavras do Ministro João Otávio.

Além disso, o Ministro ponderou que a desistência é uma estratégia própria do advogado que, consultando seu cliente, julga ser interessante perder o processo, mas não a tese. Portanto, não se pode reputar temerária a conduta do advogado que exerce seu direito de auto-compor.

Sobre o interesse público, o Ministro João Otávio de Noronha esclareceu em seu voto que o recurso de natureza extraordinária (especial e extraordinário), dada sua característica peculiar, já carrega em si mesmo o interesse público. Citando Calamandrei, asseverou que, neste caso, é o interesse público quem “pega carona” no interesse particular para alcançar a unificação da interpretação do direito.

Portanto, segundo o Ministro, não haveria qualquer incompatibilidade entre o instituto da desistência e a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos. Em outras palavras, teria lugar a aplicação da norma do artigo 501 do Código de Processo Civil. É que a parte não recorre para que seu recurso seja afetado, mas sim para que o seu interesse seja satisfeito. Neste contexto, diversas são as legítimas motivações que levam a parte, por meio de seu advogado, a desistir do recurso interposto. Ressaltou que a desistência é um dos elementos do sistema processual civil e tem aplicação no caso, como em qualquer outro recurso.

Em conclusão, o Ministro João Otávio de Noronha esclareceu que a desistência do recurso não impede que a Corte Superior firme uma orientação nos termos do artigo 543-C do CPC, eis que outro recurso poderá ser igualmente afetado. Assim, ressaltando que o procedimento encerra mera técnica de julgamento, concluiu seu voto pela simples homologação da desistência, nos termos da lei.

2.1.2.4 Voto do Ministro Massami Uyeda

Pedindo licença ao posicionamento apresentado pelo Ministro João Otávio de Noronha, o Ministro Massami Uyeda adiantou que seu entendimento é no sentido de indeferir a desistência manifestada.

Para fundamentar seu posicionamento o Ministro ponderou que até mesmo os direitos fundamentais devem ser interpretados mediante um critério de razoabilidade, razão pela qual o absolutismo de qualquer direito seria incompatível com o regime jurídico.

Foi dado destaque à questão da demora recursal e seus efeitos, considerando o Ministro que o regramento do artigo 543-C do CPC teve por objetivo justamente reduzir o problema do tempo de julgamento de recursos. Assim, embora também considerar o instituto como uma técnica de julgamento, asseverou que a sistemática exerce inegável função de auxílio à administração da distribuição de Justiça.

A partir deste raciocínio, não se poderia conceber o recurso somente sob seu aspecto individual, eis que todo o País será beneficiado com o assentamento de uma orientação que terá aplicação para inúmeros casos semelhantes. Portanto, deve preponderar o interesse público em face do interesse meramente privado, indeferindo-se o pedido de desistência.

2.1.2.5 Voto do Ministro Sidney Beneti

Adiantando seu posicionamento, o Ministro Sidney Beneti indeferiu o pedido de desistência formulado. Para ele, a definição dos recursos repetitivos representa um avanço para sociedade brasileira e, ao mesmo tempo, um importante instrumento para desobstrução das pautas de julgamento dos tribunais superiores.

Interpretando o disposto no artigo 501 do Código de Processo Civil, o Ministro Beneti entendeu que a disponibilidade recursal foi concebida em uma realidade onde não existiam as chamadas lides multitudinárias, ou seja, não se verificava um grande volume de causas amparadas em um fundamento jurídico comum. Neste contexto, considerou que o artigo 543-C do Código de Processo Civil fez ficar para trás a irrestrita disponibilidade recursal, não sendo conferida à parte a discricionariedade de estabelecer a definição do interesse público.

Esclareceu que não se está subtraindo da parte o direito de desistir do recurso interposto, mas tal direito sofre limitação quando desencadeado o processo de formação de uma decisão que sirva de base para tantos outros processos idênticos. Neste caso, entendeu que o exercício do direito de desistência somente teria lugar até a inclusão do processo na pauta de julgamentos.

O Ministro considerou que não se pode dar o direito à parte de frustrar a vontade comum em ver formado um precedente que irá reger um tipo de relação jurídica para toda a sociedade. Reconheceu que se trata de uma construção interpretativa, considerando a nova sistemática de julgamento de recursos repetitivos.

Em conclusão, asseverou que não acompanharia a proposta do Ministro Aldir Passarinho Júnior, de oficiar a Ordem dos Advogados do Brasil, pois, em seu entender, trata-se de uma questão jurisdicional e que, portanto, deve ser solvida no âmbito dos órgãos jurisdicionais. Assim, posicionou-se pelo indeferimento do pedido de desistência.

2.1.2.6 Voto do Ministro Luís Felipe Salomão

Inicialmente, o Ministro Luís Felipe Salomão reconheceu que, pelos posicionamentos até então apresentados, se trata de uma questão controvertida e que, portanto, merece a atenção da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

É que, no seu entender, a nova sistemática não resolve somente o caso concreto, mas estabelece um precedente importante para outros casos concretos.

Assim, o Ministro recomendou a submissão da Questão de Ordem à Corte Especial, para que naquela seara fosse debatido o tema, ponderado-se todas as considerações já apresentadas.

2.1.2.7 Voto do Juiz Federal-convocado Carlos Fernando Mathias

Analisando o disposto no artigo 501 do Código de Processo Civil, o julgador reconheceu que o direito de desistência é garantido à parte, pois não cabe ao Poder Judiciário alimentar litígios, mas, ao contrário, solucioná-los. Contudo, a nova realidade trazida pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil estabeleceu um conflito que não é somente entre as partes.

No seu entender, o ideal das reformas processuais oriundas das novas balizas estabelecidas pela Emenda Constitucional 45 foi mesmo o da celeridade processual e, por conseguinte, a busca pela redução do elevado número de processos em trâmite.

Especificamente sobre a questão da desistência, asseverou que o caso seria de simples homologação se o conflito ficasse adstrito aos interesses das partes. Porém, a dimensão dos efeitos da demanda repetitiva é logicamente maior, o que não permite a simples homologação. No seu entender, portanto, o contexto do artigo 501 do Código de Processo Civil não é o mesmo da nova sistemática de julgamento de causas repetitivas.

Com tais considerações, o Juiz Federal-convocado, Carlos Fernando Mathias, votou pela submissão da Questão de Ordem à Corte Especial, com fim de ser uniformizado o entendimento sobre a matéria.

2.1.2.8 Debates e conclusão

Após a colheita dos votos, iniciou-se um debate em relação à proposta de aplicação do artigo 14 do Código de Processo Civil (litigância de má-fé), ou seja, se este indicativo acompanharia a Questão de Ordem a ser levada à Corte Especial ou a afetação estaria adstrita tão-somente à temática da desistência. A este respeito, acordaram os Ministros que a existência ou não de má-fé deveria ser aferida na própria Seção, e não pela Corte Especial que definirá somente o ponto relativo à desistência nos recursos repetitivos.

Concluindo o julgamento da Questão de Ordem, a Segunda Seção, por maioria de votos, decidiu pela submissão à Corte Especial da matéria atinente à desistência recursal na hipótese de processos submetidos ao procedimento estabelecido pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil. Ficaram vencidos os Ministros João Otávio de Noronha, Aldir Passarinho Júnior e Fernando Gonçalves.

2.1.3 O enfrentamento da Questão de Ordem pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça

Antes de iniciado o julgamento pela Corte Especial, a relatora do feito originário, Ministra Nancy Andrighi, determinou a oitiva do Ministério Público Federal sobre a Questão de Ordem. Em seu parecer, o órgão ministerial posicionou-se pelo conhecimento do incidente para que, após o julgamento e fixação da tese representativa da controvérsia repetitiva, fosse deferido o pedido de desistência. Destaca-se do parecer apresentado:

No julgamento do *leading case* pelo rito do art. 543-C do CPC, o eg. STJ desempenha a sua função constitucional (CF, art. 105, III, “c”) de uniformizador da jurisprudência nacional, no âmbito da interpretação do direito federal. Mais do que isso, o Tribunal executa uma política judicial relevante, que racionaliza a prestação jurisdicional. O mecanismo foi criado ao pressuposto de que esse serviço está contingenciado pelo fenômeno da

escassez. Logo, sua implantação justifica-se para imprimir eficiência ou maximizar a prestação, isto é, beneficiar o maior número de cidadãos.

Nos termos do art. 1º §2º da Res. n. 8, de 7 de agosto de 2008, da Presidência desse eg. Superior Tribunal de Justiça, é “a apenas a questão central discutida” que determina o julgamento pelo rito do art. 543-C do CPC. Isso significa que fica excluída desse julgamento “*outras questões argüidas no mesmo recurso*”. Nada mais dispõe aquela Resolução, do que se infere ser afetado à Seção ou Corte Especial apenas a questão central. O julgamento desta se dá numa primeira etapa. Deliberada sobre esta, segue-se o que remanescer, em etapa seguinte.

Enquanto essa questão central – de exame prioritário -- não for resolvida, a suspensão de que trata o § 1º do art. 543-C do CPC atinge, também, o *leading case*, de modo que fica defeso praticar, nele, qualquer ato processual (CPC, art. 266).

Afetado o seu julgamento, o *leading case* ganha qualificação equivalente a processo coletivo (CPC, art. 543-C § 4º), em relação à questão central, cujo julgamento terá força *erga omnes* (CPC, art. 543-C, § 7º). Os efeitos de supra-individualidade são *ex lege*, por isso estão excluídos dos limites da pretensão recursal. Instaurado o rito, desencadeia-se um conjunto de providências de política judicial irrevogáveis. A partir daí o impulso do processo não pertence mais às partes, e a sua judicialidade é caracterizada pela atuação de ofício dos membros do Tribunal, desatrelada da estrita relação processual, que se reduz a grau mínimo.

[...]

Na concepção de Pontes de Miranda, a desistência do recurso é negócio jurídico unilateral, conforme sua obra, Comentários ao CPC (2000), p. 80, da Forense. Disso decorre nem depender de anuência do recorrido (CPC, art. 501). Mas a desistência limita-se à pretensão do recurso, de reformar uma decisão judicial anterior, nos limites do requerimento.

A desistência, no caso, não tem o alcance de prejudicar um procedimento em curso, de interesse da coletividade, instalado para executar uma política judicial relevante. O recorrente não desiste daquilo que não pediu. Não consta do recurso que o Tribunal não deliberasse sobre o mérito da causa, para fora do processo ou dos limites dos interesses das partes; sequer um pedido nesses termos encontraria agasalho jurídico.

[...]

Afetado o julgamento, tudo fica suspenso, vedada a apreciação de qualquer questão. Essa vedação só desaparece após o pronunciamento sobre a matéria controvertida. Logo, pelo rito do art. 543-C, primeiro se julga o mérito da questão central. Só a deliberação da tese nuclear tem efeito *erga omnes*. Em etapa seguinte, julga-se o que remanescer: pedido – total ou parcial -- de desistência, recurso adesivo, requerimento de substituição processual, perda de objeto, defeito de representação etc.

São dois escopos: um, do pedido de desistência, que, no caso, somente opera os seus efeitos nos limites da relação processual que vincula as partes privadas; o outro, da uniformização da interpretação do direito federal, para a fiel execução da política judicial em apreço. O primeiro não interfere no segundo.

O pedido de desistência é uma formulação que se apresenta como uma preferência individual, que não pode abortar uma política pública que

expressa preferências coletivas. Se é possível aplicar esses conceitos desenvolvidos pela literatura econômica e sociológica, principalmente a teoria da escolha pública (*public choice*) certamente parece adequado dizer que, também à luz dessa teoria não é possível frustrar uma política pública, aplicada ao processo judicial moderno, em obséquio ao desiderato individual⁵³.

No âmbito da Corte Especial, a Questão de Ordem foi assim relatada:

Cuida-se de Questão de Ordem suscitada com o intuito de determinar qual o procedimento a ser adotado diante do pedido de desistência formulado pelo recorrente quando já iniciado o procedimento de julgamento de Recurso Especial na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

Na espécie, em decisões por mim proferidas, no último dia 22 de outubro, foram afetados à 2ª Seção do STJ os julgamentos do REsp 1.058.114/RS e do REsp 1.063.343/RS, com o intuito de que o referido órgão colegiado, em conformidade com o que dispõe a nova Lei dos Recursos Repetitivos, estabeleça o entendimento acerca da legalidade ou não da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor.

Em cumprimento à referida decisão, foram remetidos ofícios ao Presidente do STJ, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, com cópias dos acórdãos recorridos e das petições de interposição dos recursos especiais, comunicando a instauração do aludido procedimento e determinando a suspensão do processamento dos recursos especiais que versassem sobre a referida matéria.

Diante da relevância da controvérsia, foram convidados a se manifestar o Banco Central do Brasil - BACEN, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC e a Defensoria Pública da União - DPU, tendo sido colacionados por eles, na qualidade de *amici curiae*, minuciosos pareceres acerca do tema em discussão.

Finalmente, foram colhidos os pareceres do Ministério Público Federal. No REsp 1.058.114/RS, da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Fernando H. O. de Macedo, ao passo que no REsp 1.063.343/RS, de autoria do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Mauricio de Paula Cardoso.

Ocorre que logo após a inclusão dos processos na pauta para serem julgados na sessão do dia 26.11.2008, publicada no DJe de 19.11.2008, foram protocolizadas em 21.11.2008 petições de desistência em ambos os recursos representativos da controvérsia quanto à legalidade da cobrança da comissão de permanência.

Diante dos referidos requerimentos, e havendo a aparente colisão de interesses entre o pedido de desistência recursal e o interesse coletivo que caracteriza o julgamento dos processos submetidos ao disposto no art. 543-

⁵³ Parecer apresentado pelo Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca, nos autos do Recurso Especial 1.063.343/RS.

C do CPC, suscitei Questão de Ordem, acatada pela maioria dos membros da 2ª Seção, para submeter à Corte Especial a apreciação dos efeitos de eventuais pedidos de desistência formulados em sede de recursos especiais submetidos ao incidente dos Recursos Repetitivos, porque o tema constitui matéria comum a todas as Seções deste Tribunal.

Nesta Questão de Ordem, opinou o MPF, em parecer da lavra do i. Subprocurador-Geral da República Dr. Antonio Fonseca, no sentido de que seja julgada a questão idêntica de direito para, em seguida, ser apreciado o pedido de desistência.

Eis o relato do necessário.

2.1.3.1 Voto da Ministra Nancy Andriahi, relatora do feito

Após o relato do caso, procedeu a Ministra Relatora à prolação de seu voto, asseverando que suas conclusões levariam em consideração o aspecto coletivo do procedimento de julgamentos de causas repetitivas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Assim, para a Relatora a questão de ordem suscitada revela, em verdade, um aparente conflito entre direito individual (quanto à desistência) e direito coletivo (quanto à fixação de uma tese jurídica). Eis o trecho que fez tais considerações:

I - Delimitação da controvérsia sob a perspectiva constitucional.

A inserção na CF/88 do direito individual à razoável duração do processo impõe que a ordem jurídica infraconstitucional se submeta às adequações necessárias, cabendo ao intérprete promover a máxima efetividade das medidas legislativas que busquem preservá-lo.

A nova ótica constitucional deixou para trás a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado. A CF/88, denominada "Constituição Cidadã", foi construída sobre outra base sólida de divisão de direitos. Hoje, a *summa divisio* é Direito Individual e Direito Coletivo. Portanto, nenhum esforço interpretativo dissociado dessa orientação produzirá os efeitos constitucionais perseguidos.

O Judiciário, como garantidor tanto do Direito Individual quanto do Coletivo, tem a missão de indicar, diante de um conflito, qual a regra prevalecente, se a coletiva ou a individual. Aqui, a sabedoria do juiz, ciente de que a grande maioria da legislação, principalmente a codificada, ainda reflete o paradigma já superado, será determinante para fazer valer os preceitos da CF/88.

Esta Questão de Ordem visa solucionar o aparente conflito entre o art. 501, na redação original editada em 1973, e o art. 543- C, conforme redação dada pela Lei n.º 11.672, em 2008.

Portanto, no entender da Ministra Relatora, a questão envolve um conflito normativo, a saber, entre o artigo 543-C, do Código de Processo Civil, que instituiu o julgamento de causas repetitivas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e o disposto no artigo 501, também do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de o recorrente desistir de sua pretensão recursal. Assim, o voto proferido busca comparar as duas normas citadas, a fim de harmonizá-las.

Após a delimitação da controvérsia, o voto proferido segue fazendo considerações acerca do direito de o recorrente desistir do recurso interposto, a qualquer tempo, mesmo sem anuência da parte contrária. Porém, foram tecidos comentários acerca da limitação que o direito de desistência sofre⁵⁴, uma vez que não está tão somente sujeito à conveniência de disponibilidade do recorrente. Veja-se:

II- Do direito de desistência do recurso interposto.

Nos termos do art. 501 do CPC, o recorrente pode, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso interposto.

Essa regra integra o Código de Processo Civil desde a sua edição (Lei n.º 5.869 de 11.01.1973). A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo do recorrente desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente.

No entanto, há orientações doutrinária e jurisprudencial estabelecendo que há limites para o exercício desta faculdade, por exemplo, quando evidenciado o interesse do recorrente de efetuar manobras que permitam vislumbrar ofensa ao dever de lealdade processual.

No EREsp n.º 218.426/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 19/04/2004, esta Corte Especial manifestou-se no sentido de que não se defere a homologação de pedido de desistência formulado após o início do julgamento do recurso

⁵⁴ O voto cita o julgamento do EREsp 218.426/SP, no qual foi firmado o entendimento no sentido de não ser possível a homologação de pedido desistência deduzido após o início do julgamento do recurso. O voto vencedor proferido naquela ocasião pelo Ministro Ari Pargendler asseverou que *“subjacente ao pedido de desistência do recurso especial, já avançada a votação, está o fato de que o requerente quer evitar que o respectivo resultado firme um precedente a ser observado nos futuros julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça. Sob tal prisma, tenho toda simpatia pelo pedido, à vista do voto de mérito que proferi. Preocupa-me, no entanto, o círculo vicioso que daí poderá resultar. A esta altura, conhecida a orientação de quase todos os membros da Corte Especial, sempre que o desfecho da causa pender para uma das partes, a outra desistirá do recurso especial, ficando o Superior Tribunal de Justiça sem condições de exercer a sua função primordial, que é a de uniformizar decisões judiciais sobre questões federais. Nessas condições, indefiro o pedido de desistência do recurso especial”* (QO no EREsp 218426/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 10/04/2003, DJ 19/04/2004 p. 148).

Na seqüência, o voto faz um pequeno esforço a respeito da norma instituidora do julgamento de causas repetitivas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mencionando os seus objetivos e o seu alcance. Assim foi tratado o tópico:

III - Dos recursos especiais processados na forma do art. 543-C do CPC.

São duas as perspectivas constitucionais sob as quais o incidente previsto no art. 543-C do CPC deve ser analisado: a primeira, de garantir a plena realização do direito à razoável duração do processo; e a segunda, de maximizar o direito fundamental à isonomia.

O Direito Processual contemporâneo adotou, inicialmente, a sistemática de coletivização para ampliar o acesso ao Judiciário. Hoje, o mesmo sistema avança, introduzindo instrumentos processuais como o do art. 543-C, idealizado para solucionar o excesso de processos com idêntica questão de direito que tramitam pelos diversos graus de Jurisdição.

Por isso, os efeitos previstos no § 7º do art. 543-C ganham especial abrangência porque permitem que o STJ, ao invés de, repetidamente, proferir a mesma decisão, defina a orientação que norteará o deslinde das idênticas questões de direito que se apresentam aos milhares.

Estamos diante da sistemática da coletivização acima mencionada, cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia inter partes, quanto na esfera coletiva, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito.

A Relatora adotou o entendimento de que a regra prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil reflete um viés de coletivização do processo, ou seja, institui um regramento que, além de influenciar o interesse individual da parte, transborda seus efeitos para o plano coletivo, com a consolidação de uma tese de aplicação universal para casos semelhantes.

Por fim, o posicionamento da Ministra Fátima Nancy Andrichi busca contrapor as duas regras já citadas, caminhando para a conclusão de que a formulação de pedido de desistência não impede o julgamento da tese que se buscou fixar a título de causa repetitiva. Portanto, o voto faz a opção de atender ao direito coletivo, em detrimento da pretensão individual de desistência. Veja-se:

IV - Da conjugação de interesses. O pedido de desistência e o Incidente de Recursos Repetitivos.

Evidenciada a natureza jurídica dos interesses, é mediante a ponderação das normas aplicáveis que se verifica que o conflito entre eles é meramente aparente.

Para a instauração do incidente do processo repetitivo, inédito perante o Código de Processo Civil, praticam-se inúmeros atos processuais, de repercussão nacional, com graves conseqüências. Basta, para tanto, analisar o ato processual de suspensão de todos os recursos que versem sobre idêntica questão de direito, em andamento nos diversos Tribunais do país.

Tomando-se este exemplo da suspensão dos processos, sobrevindo pedido de desistência do recurso representativo do incidente e deferido este, mediante a aplicação isolada do art. 501 do CPC, será atendido o interesse individual do recorrente que teve seu processo selecionado.

Todavia, o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide.

Não se pode olvidar outra grave conseqüência do deferimento de pedido de desistência puro e simples com base no art. 501 do CPC, que é a inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a idêntica questão de direito, de ouvir os *amici curiae*, as partes interessadas e o Ministério Público, oficiar a todos os Tribunais do país, e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência.

A hipótese não é desarrazoada, por ser da natureza das lides repetitivas que exista uma parte determinada integrando um de seus pólos.

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

A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo. A homologação do pedido de desistência deve ser deferida, mas sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos.

Destarte, a conclusão do voto é a de que o pedido de desistência recursal formulado deveria ser atendido, porém, tal providência não prejudicaria a formação da orientação a ser observada nos demais recursos fundados em idêntica questão de direito. Em outras palavras, a tese seria apreciada, porém os efeitos da decisão não incidiriam no caso concreto, ante a desistência recursal.

Ocorre, todavia, que após a prolação de voto pelo Ministro Nilson Naves, no sentido de indeferir o pedido de desistência formulado, a Ministra Relatora retificou seu posicionamento, aderindo à divergência instaurada neste sentido. Assim, a conclusão do voto se deu da seguinte maneira:

Contudo, após a explanação do Min. Nilson Naves, que, diante da importância do julgamento dos incidentes de recurso repetitivo para este Tribunal e, sobretudo, para os próprios jurisdicionados, considerou ser inviável o deferimento de pedido de desistência formulado nos recursos representativos, reformulei meu entendimento, propondo o indeferimento do pedido de desistência veiculado pelo BANCO VOLKSWAGEN S/A no recurso em exame.

Forte em tais razões, proponho que sejam indeferidos os pedidos de desistência formulados em recursos representativos processados nos termos do art. 543-C do CPC.

Portanto, a conclusão do voto proferido pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, Relatora do caso, foi no sentido de indeferir o pedido de desistência recursal formulado, de modo que o julgamento do recurso deveria prosseguir tanto para a fixação da tese, nos termos do artigo 543-C do CPC, quanto para a apreciação do mérito recursal em relação às partes.

2.1.3.2 Voto da Ministra Laurita Vaz

A proposta inicial feita pela Ministra Nancy Andrighi, no sentido de que fosse primeiramente fixada a tese da matéria repetitiva e, após, homologado o pedido de desistência da parte, foi integralmente seguida pela Ministra Laurita Vaz. Eis o teor do voto proferido:

Sr. Presidente, ouvi atentamente as argumentações da Sra. Ministra Relatora e, do que pude colher, verifico que a proposta de voto de S. Exa. está motivada, fundamentada, no propósito da Resolução nº 8, de 1988, e demonstra, também, que há um interesse coletivo, público, que, a meu ver, deve preponderar sobre o interesse particular. O voto da Sra. Ministra Relatora está muito claro nesse sentido.

Com essas considerações, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

2.1.3.3 Voto do Ministro Luiz Fux

Inicialmente, o Ministro Fux reconheceu que a questão trazida à Corte Especial de fato interessa a todos, eis que já foram registrados pedidos de desistência em recursos submetidos ao sistema de julgamento de causas repetitivas.

No seu entender, a questão se coloca no plano do direito processual, onde o regime jurídico é de Direito Público. Assim, as normas são imperativas, com seletas exceções, no sentido de que às partes não é dado interferir nas regras de processo e procedimento.

Sobre a desistência do recurso, ponderou que o próprio Código de Processo Civil estabelece tratar-se de ato que não depende de anuência, eis que a coisa julgada se consolidará em favor do recorrido. Porém, entendendo tratar-se de jurisdição transindividual, há o inegável interesse público no julgamento da causa, interesse este inderrogável pela vontade das partes.

Neste sentir, não se pode interpretar a desistência do recurso como uma direito inexorável da parte, eis que haveria frontal violação ao princípio da efetividade, ideal buscado pelas atuais ondas reformistas do processo civil.

Assim, votou no sentido de que deveria prevalecer o interesse público sobre o interesse particular, razão pela qual se posicionou da seguinte maneira:

Sr. Presidente, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, mas gostaria de lembrar que, na ação civil pública e nas ações transindividuais, também se desiste, e o Ministério Público reassume.

Voto para que seja julgada a questão de direito posta no recurso especial e, após o julgamento do incidente do recurso repetitivo, seja deferido o pedido de desistência para o caso concreto, desde que preenchidos os requisitos legais.

2.1.3.4 Voto do Ministro João Otávio de Noronha

Em primeiro lugar, o Ministro Noronha ponderou que, quanto à proposta deduzida pela Ministra Nancy Andrichi, a parte não poderá desistir do recurso se este já foi julgado. Exatamente por tal razão é que, manifestada oportunamente a desistência, esta deve ser acolhida, por se tratar de ato unilateral que produz efeitos imediatos.

Feitas tais considerações, esclareceu o Ministro que, antes de tudo, se está diante de um recurso especial que, pelo fato de ter sido submetido a um procedimento específico, não deixa de ser recurso especial. Assim, no seu entender, não se pode impor qualquer tipo de prejuízo à parte com a justificativa de preservação de um direito transindividual. Em outras palavras, não se pode contrapor o direito processual, as técnicas de julgamento, aos interesses ou direitos subjetivos protegidos pela Constituição.

Nesta ordem de idéias, entende que, seja qual for técnica de julgamento, se está julgando um recurso especial, cuja desistência é garantida pela lei processual civil. É que a mera declaração de insubsistência do interesse no julgamento do recurso, por si só, esvazia por completo a pretensão, operando-se o trânsito em julgado da decisão recorrida.

Esclareceu que a lei processual não dá ao julgamento dos recursos repetitivos a mesma natureza dos processos objetivos de julgamento de inconstitucionalidade, apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. É que no recurso especial se está diante da livre iniciativa das partes.

Sobre a questão da efetividade, entende o Ministro Noronha que a parte, com a desistência, esvazia qualquer discussão a esse respeito, pois efetivamente põe fim a uma relação processual que perdurava com o recurso, aceitando os efeitos da decisão. Portanto, não se pode falar, com arrimo na efetividade, em desperdício de atos de instrução do julgamento do repetitivo, até mesmo porque todos os

procedimentos adotados, tal como oitiva de órgãos e entidades, são uma faculdade do relator do feito.

Ademais, ponderou que a Corte Superior poderá afetar livremente outro recurso tão maduro quanto aquele no qual se veiculou a desistência. Aliás, considerou que a parte tem o direito de verificar elementos como a composição da Corte e as demais circunstâncias do recurso eleito como representativo da controvérsia.

O Ministro Noronha considerou que não se pode sacrificar o interesse subjetivo da parte, assegurado em expresso texto de lei, em nome de um interesse que não é dela, tendo em vista que sequer foi ouvida a respeito da afetação de seu recurso.

Com tais considerações, concluiu o seu voto pelo deferimento imediato da desistência formulada, nos termos do que já havia sustentado quando do debate do tema no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Após o voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, pediu vista do processo o Ministro Nilson Naves.

2.1.3.5 Voto-vista do Ministro Nilson Naves

Retomando o julgamento da Questão de Ordem, o Ministro Nilson Naves proferiu voto no sentido de ser indeferido o pedido de desistência. Aliás, este foi o entendimento que demoveu a proposição inicialmente esposada pela Ministra Relatora.

Em seu voto, o Ministro Nilson Naves, citando passagens de Norberto Bobbio, trouxe considerações sobre a atual tendência do processo em, cada vez mais, preservar o interesse coletivo. Além disso, lembrou o posicionamento já consolidado

do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp 218.426, no sentido de ser vedada a desistência do recurso após o início do julgamento.

Este foi o voto proferido:

Entre as minhas reflexões na 6ª Turma, lá se encontram estas: (I) "havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida" (HC-95.838); e (II) "impõe-se, isto sim, se extraíam conseqüências de um bom, se não excelente, princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito" (HC-96.521).

São reflexões, decerto, de cunho processual penal que, entretanto, vêm a propósito da questão de ordem ora suscitada, porque, aqui, conforme o voto da ilustre Relatora, também há, tal como lá (diria eu), aparente conflito, e a solução por S. Exa. aqui proposta, além de atender aos tão caros princípios da simplificação e da razoável duração do processo, um até de cidadania constitucional, atende ao coletivo, ao denominado direito coletivo, donde, conforme S. Exa., "a nova ótica constitucional deixou para trás a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado". Permitam-me, então, recordar lição de Bobbio segundo a qual

"... houve uma inversão de tendência: já no início deste século, obras sobre o inexorável declínio das instituições tradicionais do direito privado chamavam a atenção para o fenômeno contrário, isto é, para a progressiva publicização do sistema jurídico. Menosprezada como um mal, ou exaltada como um bem, essa tendência foi reconhecida de modo unânime como uma das características do direito contemporâneo. Que tal tendência tenha sido vista no primado das relações de subordinação sobre as de coordenação, ou das normas de organização sobre as de conduta, ou do momento da heteronomia sobre o da autonomia, ou da vontade coletiva sobre a soma das vontades individuais, e assim por diante, não tem grande importância em relação à opinião concorde sobre o caráter do processo, que distinguiria a evolução do direito na passagem do Estado liberal para o social, do Estado tutor da ordem pública para o Estado curador e promotor do bem-estar público." (A grande dicotomia, in "Da estrutura à função", 2007, págs. 146/147.)

Também estou de acordo com a Relatora quando, convocando-nos, recorda-nos a alta missão do Superior Tribunal, que, a meu ver, indo eu além, tudo pode na condição de último intérprete infraconstitucional – não somos finais porque somos certos, mas somos certos porque somos finais, também quando S. Exa. nos recorda o caráter da atividade jurisdicional, a sua dignidade, a rápida solução do litígio, donde, bem conclui S. Exa., "entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular". Isso não é admissível, ou é? Daí que a desistência pura e simples de recurso submetido ao disposto no art. 543-C do Cód. de Pr. Civil haveria de nos impor, sem dúvida, castigo semelhante ao perturbador castigo mitológico imposto por Zeus a Sísifo. Será que fomos instituídos para viver tamanha tragédia? Lá, Sísifo, tendo de rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente; aqui, nós, como se não bastassem as montanhas e mais montanhas de processos, tendo que repetir – quantas vezes! –, diante dos sucessivos pedidos de desistência,

complexo procedimento (seleção de novo processo que verse idêntica questão de direito, ouvida das partes interessadas, do Ministério Público, etc.).

Foi sob minha presidência que esta Corte, no ano 2003, indeferiu pedido de desistência, fê-lo nos EREsp-218.426, Vicente Leal, e a filosofia que norteou a decisão lá tomada se aplica ao caso presente, disso dúvida não padeço.

Ademais, se decidirmos sem julgar o especial, estaremos decidindo em tese. E isso não cabe ao Superior, como compete ao Supremo, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade.

Já disse que estou de acordo com a Relatora, porém, na conclusão, vou além da proposta de S. Exa., e vou porque, em nome das coisas aqui lembradas, entendo, em casos tais, que se não pode desistir do recurso. Em tal aspecto, indefiro o pedido de desistência.

Vê-se, pois, que o voto proferido revelou-se diverso da proposta originária da Ministra Relatora – apreciação da tese repetitiva e posterior apreciação da desistência – uma vez que foi taxativo em indeferir o pleito de desistência, para que fossem julgados tanto a tese, quanto o caso concreto.

2.1.3.6 Voto do Ministro Ari Pargendler

Na visão do Ministro Pargendler, o recurso especial serve não para o interesse privado, mas sim para proteção do próprio ordenamento jurídico, ou seja, o objetivo individual do recurso é somente um veículo para consecução do fim público. Contudo, essa feição do recurso especial nunca foi obstáculo para a desistência recursal.

Todavia, ponderou o Ministro que, após o advento do julgamento de recursos representativos de uma controvérsia presente em inúmeros outros casos semelhantes, o interesse da parte em não ver seu recurso julgado deve ser temperado. Em outras palavras, o interesse público em pacificar uma questão repetitiva não pode ser obstaculizado pelo interesse privado.

Eis o que constou do acórdão:

Sr. Presidente, o recurso especial serve para a proteção do ordenamento jurídico. O interesse privado só conta de modo mediato, como veículo. Isso, não obstante, nunca foi impedimento para a desistência do recurso especial. No entanto, com a modificação introduzida pela lei em comento, entendo que o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta solução para essa causa, que é representativa de inúmeras outras, não pode ser obstado pelo interesse da parte. Aliás, é exatamente isso o que me parece, dado o empenho que vejo na desistência deste recurso, ou seja, o empenho de se opor ao interesse público, de o Judiciário resolver a questão.

Havendo interesse privado subalterno, dou prevalência ao interesse público decidindo no sentido de que não se pode desistir de um recurso especial que o Tribunal afetou ao regime da lei.

Diante de tais ponderações, o votou o Ministro Pargendler pelo indeferimento do pedido de desistência formulado, na esteira do voto proferido pelo Ministro Nilson Naves.

2.1.3.7 Voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior

No entender do Ministro Passarinho, a possibilidade de um julgamento que resolva processos em massa, trazida pela Lei 11.672/2008, fez enaltecer a função pública da resolução do recurso especial. Observou que este mecanismo tem sido utilizado largamente pelos órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça, com o fim de traçar orientações para tantas outras causas e tribunais da Federação.

Neste plano de idéias, considerou que o interesse da parte só é legítimo enquanto interessa ao seu processo, pois, do contrário, se estará invadindo a seara pública. Portanto, a desistência recursal, apesar de cabível, não poderá obstar a consecução do objetivo público, sob pena de a parte manipular o julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

O voto foi assim registrado no acórdão:

A questão é muito interessante porque, efetivamente, houve uma inovação por conta da Lei n. 11.672, de 2008. O interesse do particular é ver julgado

o seu recurso. O interesse que, hoje, existe com a Lei n. 11.672, de 2008, é o interesse público, ou seja, o de permitir que uma Corte Superior como a nossa consiga eliminar os processos em massa por meio desse mecanismo que se me afigura muito importante e tem sido largamente aqui empregado, que é de se reunir em um único processo diversas questões, ou em mais processos, mas congregando a mesma matéria, e, daí se dando uma decisão a fim de orientar os Tribunais *a quo* sobre o tema.

O interesse, portanto, da parte, só é legítimo até o ponto em que interessa o seu processo, ou seja, interessa a ele a desistência. Qualquer coisa além disso ultrapassa o interesse da parte. Ele está invadindo uma seara pública, um interesse público, que diz respeito exatamente ao procedimento da Lei n. 11.672, de 2008, regulamentada pela Resolução n. 8 do STJ.

Até onde ele é legítimo, é a questão da desistência, e como isso está sendo atendido pela proposta da Sra. Ministra Relatora no sentido de se homologar o pedido tal como é feito, a parte não tem o que reclamar.

O interesse público também está sendo atendido no voto de S. Exa., no sentido de examinar a tese primeiro; quer dizer, não haverá uma consequência direta para a parte, porque vai ser homologada a desistência, e aquela decisão que se tomar em relação à primeira etapa não vai atingi-la, no caso concreto. E, como eu já salientei antes, ela não pode ter legítimo interesse além do caso concreto.

No que excederia esse interesse privado, ele é ilegítimo, porque aí, sim, se se considerar que a parte poderia interferir nesse procedimento da Lei n. 11.672/2008, estaria, na verdade, pretendendo manipular um julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

Concluindo, acompanhou a proposta originária da Ministra Nancy Andrighi no sentido de que seja firmada a orientação pertinente ao tema repetitivo e, após, seja homologada a desistência formulada, harmonizando as pretensões pública e privada.

2.1.3.8 Voto do Ministro Hamilton Carvalhido

Acompanhando o voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, o Ministro Carvalhido considerou que, de fato, há indisponibilidade do interesse público, razão pela qual o interesse privada não poderá manipular a disciplina legal do objetivo comum. Assim, indeferiu a desistência formulada.

2.1.3.9 Votos da Ministra Eliana Calmon e Ministro Francisco Falcão

Tanto a Ministra Eliana Calmon, quanto o Ministro Falcão, acompanharam o voto proferido pela Ministra Relatora, no sentido de harmonizar os interesses público e privado, ou seja, que fosse definida a questão controvertida e, após, deferida a desistência manifestada.

2.1.3.10 Conclusão do julgamento

Após a tomada de todos os votos, a Ministra Nancy Andrighi, relatora do feito, decidiu retificar seu posicionamento para indeferir o pedido de desistência, nos termos do voto proferido pelo Ministro Nilson Naves. Contudo, os Ministros Aldir Passarinho Júnior, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz mantiveram a proposta originária formulada pela relatora, ou seja, a de julgamento do tema repetitivo com a posterior homologação da desistência.

O julgamento foi concluído e, por maioria, a Corte Especial, após o voto-vista do Ministro Nilson Naves indeferindo o pedido de desistência, no que foi acompanhado pelos Ministros Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido, e as retificações de voto da Ministra Relatora e do Ministro Luiz Fux para aderir ao voto do Ministro Nilson Naves, e os votos dos Ministros Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz acompanhando a posição originária da Ministra Relatora, indeferiu o pedido de desistência.

Ficou vencido o Ministro João Otávio de Noronha e, vencidos em parte, os Ministros Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Laurita Vaz. Os Ministros Luiz Fux, Nilson Naves, Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido votaram com a Ministra Relatora.

Ausentes do julgamento, justificadamente, os Ministros Gilson Dipp e Paulo Gallotti e, ocasionalmente, os Ministros Fernando Gonçalves e Felix Fischer. Declarou-se habilitada a votar a Ministra Eliana Calmon. Não participaram do julgamento os Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO CASO

Da leitura do julgado ora em estudo é possível constatar a formação de pelo menos duas linhas de entendimento acerca da questão da desistência no âmbito do procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos, ressalvadas considerações individuais dos ministros acerca dos desdobramentos da questão⁵⁵.

O primeiro posicionamento, que terminou por prevalecer no julgamento, considera que a desistência, nesta particular modalidade de julgamento, é descabida, tendo em vista que o interesse público na formação de uma orientação para inúmeros recursos semelhantes prevalece sobre qualquer pretensão de ordem subjetiva. Estes foram os votos dos ministros Nilson Naves e Nancy Andrichi, acompanhados pelos ministros Ari Pargendler, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Laurita Vaz.

De outro lado, constata-se o posicionamento defendido pelo ministro João Otávio de Noronha, que foi vencido no julgamento, no sentido de que a desistência do recurso é um direito processual da parte, com força para por fim ao expediente recursal. Segundo tal orientação, não há que se perquirir acerca da existência de interesse público, na medida em que se trata de um recurso motivado pela vontade do recorrente.

A análise dos posicionamentos apontados é oportuna para confrontar o julgado com o sistema processual civil vigente, seja no plano legal, seja no plano constitucional e, até mesmo, no tocante aos aspectos principiológicos eventualmente envolvidos.

⁵⁵ Registre-se que, quando do julgamento, houve posicionamento manifestado pelos ministros Aldir Passarinho Júnior, Eliana Calmon e Francisco Falcão que, a despeito de admitirem a desistência do recurso especial, entenderam que a fixação da orientação para efeito de recursos repetitivos era possível, já que não afetaria a parte recorrente. Considerando que, mesmo neste caso, o julgamento teria prosseguimento, à luz do afirmado interesse público, a hipótese é em certa medida semelhante ao entendimento que terminou por prevalecer.

3.1 O entendimento do Ministro Nilson Naves

O entendimento perfilhado pelo ministro Nilson Naves, alfim aderido pela ministra Nancy Andrighi e outros julgadores, considerou que a desistência do recurso especial submetido ao julgamento de causas repetitivas seria vedada, em atenção ao interesse público.

3.1.1 A questão do devido processo legal

Ante a existência do expresse dispositivo de lei que garante ao recorrente o direito de desistência do recurso – *ex vi* do artigo 501 do Código de Processo Civil -, emerge a questão da observância ao princípio constitucional do devido processo legal.

O princípio de devido processo legal pode ser considerado como o sustentáculo de um sistema de outras garantias processuais dele decorrentes. Em outras palavras, somente a partir da observância das normas de construção e desenvolvimento do processo é que deve ser prestada a tutela jurisdicional, sob pena de subverter o próprio ideal de pacificação social com segurança jurídica.

Observa Eduardo Melo de Mesquita que justamente pela importância da função jurisdicional é que se verificou a constitucionalização de garantias de ordem processual. Pondera o citado autor:

O relevo da garantia judicial no corpo de uma Constituição, além de político e ideológico, desborda para o caráter jurídico, pois a rigidez do Texto Maior impõe obstáculos à modificação, possível tão-somente por meio de específico e complexo processo legislativo. Nessa perspectiva, desdobram-se dois aspectos igualmente significativos: um a estabilidade das normas não pode sofrer derrogação por lei comum. Outro, a possibilidade de colmatagem dos hiatos no sistema jurídico ante a gama de princípios genéricos, Express ou implicitamente previstos.

Nesse passo e com escopo de dotar as normas formais de uma maior estabilidade, a Constituição Federal de 1988 trouxe regras orientadoras do processo relativas à administração da justiça, por meio de órgãos imparciais da jurisdição e institutos jurídicos adequados à garantia de justa aplicação

do direito objetivo, não apenas aos conflitos intersubjetivos de interesses, mas aos interesses transindividuais.

O denominado direito à ordem jurídica justa consagra-se, outrossim, com direito subjetivo público nos corolários do devido processo legal (*due process of law*), ou seja, a acessibilidade econômica e técnica à justiça; do juiz natural; do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo, plenitude de defesa com os meios a ela inerentes, e.g., o direito de ser informado, o direito à bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida; a publicidade, desde a dedução da ação até sua solução devidamente motivada⁵⁶.

Nesse contexto, e considerado o amplo espectro da cláusula do devido processo legal, a análise merece aprofundar-se no que toca a feição processual do princípio, ou seja, sua aplicação pertinente à atividade jurisdicional. E é no âmbito do processo que emerge o conteúdo do referido princípio:

O devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de “paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa. Na realidade, a paridade de armas tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária⁵⁷”.

Portanto, não só o acesso ao Judiciário, detentor do poder jurisdicional, é importante, mas o desenvolvimento do processo tem igual importância, na medida em que são as normas processuais determinantes das regras para a consecução da esperada decisão pacificadora de um conflito intersubjetivo de interesses.

Assim, aos sujeitos parciais do processo é dado um sistema processual, de gênese constitucional, que prescreve as regras necessárias para perseguição de um direito, seja no campo da dedução, seja no campo do direito de defesa.

Certamente, decorre do princípio do devido processo legal o ideal de segurança jurídica, esta que pode ser sintetizada pela garantia de estabilidade das

⁵⁶ MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 483.

normas processuais e, por conseguinte, das decisões proferidas no curso do processo. A este respeito:

Primeiramente, nós temos que ver a segurança jurídica como sendo um valor extrajurídico. Segundo, a segurança jurídica com previsibilidade jurídica. E terceiro, a segurança jurídica como um conjunto de garantias constitucionais. Então, nós temos três patamares estabelecidos, três posturas estruturais determinando o que é segurança jurídica. O Direito não pode se afastar dessas três posturas: os aplicadores do Direito precisam trabalhar vendo a segurança jurídica como um valor extrajurídico, como previsibilidade jurídica, através dos efeitos concretos que aquela decisão vai determinar, e também como um conjunto de garantias constitucionais⁵⁸.

Nesta ordem de idéias, e no que diz respeito ao caso concreto objeto do presente estudo, é possível constatar que o posicionamento consolidado pelo STJ, no sentido de ser vedada a desistência do recurso especial submetido ao procedimento do artigo 543-C do CPC, subverteu, em certa medida, o devido processo legal.

É que, tratando-se de *vexata questio*, a norma regulamentar do julgamento de recursos especiais repetitivos não previa a vedação de desistência de um recurso afetado à nova sistemática. Por outro lado, o Código de Processo Civil, assim como a jurisprudência do próprio STJ e também do STF, garante ao recorrente o direito de desistir do recurso interposto.

Observe-se que o direito de recorrer é uma extensão do próprio direito de ação, de acordo com a já citada lição de Nelson Nery Júnior, tratando-se de *“um prolongamento, dentro do mesmo procedimento, do exercício do direito de ação, compreendido este em seu sentido mais amplo, abrangendo, também, os procedimentos de jurisdição voluntária”*⁵⁹.

Ora, assim como instaurar o procedimento recursal diante de uma situação de sucumbência é um prolongamento do direito de ação, por termo ao recurso

⁵⁸ DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais*. *Revista Internacional de Direito Tributário*, v. 8. jul./dez. 2007, p. 391-399.

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. atual., ampl. e reform. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

representa garantia de igual importância. A voluntariedade e disponibilidade recursal, além de previstas na lei processual, atendem ao postulado da legalidade. Vale dizer, o devido processo legal passa também pela atuação das partes.

Portanto, ao afastar o direito de desistência, *de lege ferenda*, como fez o STJ, abala-se a garantia do devido processo legal, colocando em xeque a segurança jurídica das relações processuais. É que a parte, ao recorrer, certamente ponderou a respeito da hipótese de desistir de seu recurso, pelos mais diversos motivos.

Veja-se, por exemplo, que a parte poderá, após a interposição do recurso, e desde que ainda não iniciado o julgamento, aceitar os termos da decisão recorrida ou compor a lide, circunstâncias que reclamarão o exercício do direito de desistência recursal.

Ademais, o artigo 501 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de desistência do recurso, não faz restrições quanto ao procedimento de julgamento de causas repetitivas, tampouco foi revogado com o advento do artigo 543-C também do Código de Processo Civil.

Vale ressaltar que o exercício do direito de desistência, até o julgamento do precedente em estudo, nunca esteve submetido à deliberação judicial acerca de sua possibilidade, a não ser quanto aos requisitos mínimos exigidos para o ato⁶⁰. Em outras palavras, os efeitos da desistência são imediatos, porque declaratório o ato que a externa.

Por tal razão, Fredie Didier considera a desistência *“ato dispositivo que independe de consentimento da parte adversária (CPC, art. 501) e de homologação judicial para produção de efeitos”*⁶¹. Trata-se de verdadeiro exercício de garantia

⁶⁰ O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas questões atinentes ao julgamento de ações de controle de constitucionalidade, tem orientação no sentido de que a desistência do recurso é exercida na esteira da norma do artigo 501 do Código de Processo Civil. Aliás, há precedentes que homologam pedido de desistência até mesmo após o início do julgamento, com sua interrupção (cf: RE 113682 QO, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 11-10-2001 PP-00018 EMENT VOL-02047-02 PP-00418 RTJ-00182 T-01 PP-00298).

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 6 ed. Bahia : Editora Jus Podivm, 2008, p. 38.

processual pertinente ao próprio direito de ação, este desenvolvido a partir do devido processo legal.

Neste diapasão, a proteção do aspecto processual da garantia do devido processo legal importa na preservação dos meios necessários ao pleno exercício do direito de ação e, neste aspecto está a prerrogativa conferida ao litigante de assentir os efeitos da decisão ou impugná-la na via recursal.

Sobre o aspecto do devido processo legal, ensina José Afonso da Silva, citando as lições de José Frederico Marques:

Garante-se o *processo*, e “quando se fala em ‘processo’, e não simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques⁶².

Pondere-se, ainda, que inexistindo uma norma impondo a limitação ao direito de recorrer perpetrada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do precedente em estudo, a isonomia, outro elemento estruturante do devido processo legal, foi em certa medida malferida.

Ora, aquele recorrente que não teve seu recurso especial selecionado para o fim da observância do procedimento previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil poderá, atendidos os já citados requisitos necessários, desistir do seu recurso. Por outro lado, o recorrente do recurso selecionado para fixação da tese não poderá encerrar o voluntário expediente recursal, a despeito de idêntico o conteúdo de sua irresignação.

É de Celso Antônio Bandeira de Mello o alerta de que a lei não pode ser interpretada com restrição ao tratamento isonômico, se ela, a própria lei, não externa tal intenção. Veja-se:

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 411.

Então, se a lei se propôs a distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais⁶³.

Importante destacar que o exercício do direito de desistência, no específico caso do julgamento de recursos especiais repetitivos, não obstaculiza a consecução do objetivo proposto pela norma contida no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça poderá eleger um novo recurso especial para o fim de fixação de uma orientação, já que o eleito restou esvaziado pelo desinteresse da parte em prosseguir na via recursal.

Ressalte-se, contudo, que não se está a tratar o direito de desistência recursal com carga de absolutismo, a ponto de sobrepor tal prerrogativa à própria função jurisdicional. Isso porque, como toda garantia de gênese constitucional, o direito de desistir está submetido ao controle judicial no que toca ao seu uso abusivo.

Contudo, é preciso ressaltar que o intento protelatório ou a má-fé do recorrente, ao por fim ao expediente recursal, deve ser incontestado, inexistindo lugar para presunção a este respeito⁶⁴. É que não se deve perder de vista que a voluntariedade, na esteira do princípio da inércia judicial (artigo 2º da Constituição Federal), é o motor da via recursal. Assim, se o uso do recurso, e da própria

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 10ª triagem. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 45.

⁶⁴ O raciocínio para a interposição dos recursos cabíveis pode ser adotado também para o caso de desistência em relação à questão da má-fé, tendo em vista ambos os atos estarem submetidos ao princípio da voluntariedade. Assim, confirma-se: “*Mutatis mutandis*, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a utilização dos recursos previstos em lei não caracteriza, por si só, a litigância de má-fé, sendo necessária a demonstração do dolo em obstar o trâmite regular do processo, trazendo prejuízos para a parte adversa: REsp 357.157/RJ, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 13/09/2004; ERESP 210.636/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 12/03/2003; RESP 418.342/PB, Rel. Min. Castro Filho, DJ 05/08/2002; AGA 397.143/RJ, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 24/06/2002; RESP 346.271/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 18/03/2002” (AgRg no REsp 710.125/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005 p. 239).

desistência, não é temerário, o Poder Judiciário não poderá submeter o recorrente a um julgamento recursal.

Portanto, à luz do devido processo legal, a decisão objeto do presente estudo, conduzida pelo voto do ministro Nilson Naves pode encontrar censuras, revelando sua incompatibilidade com a mencionada garantia constitucional.

3.1.2 A questão da coletivização do interesse privado.

Do voto vencedor ora em análise, percebe-se que foi o interesse público o motivador da vedação à desistência do recurso especial submetido ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Mais precisamente, o interesse jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte responsável pela uniformização do direito infra-constitucional brasileiro.

De fato, a função jurisdicional, em verdade uma missão atribuída às diversas cortes nacionais, revela importância que transcende os interesses meramente privados envolvidos no processo. Por tal razão, o processo se desenvolve mediante um sistema de ônus, garantias, penalidades, nulidades e outros aspectos que guardam relação estreita com o ideal de pacificação jurisdicional e segurança jurídica. A propósito:

Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Subordinam-se, por isso mesmo, a um *método* ou *sistema* de atuação, que vem a ser o *processo*.

Entre o pedido da parte e provimento jurisdicional se impõem a prática de uma série de atos que formam o *procedimento* judicial (isto é, a *forma* de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o *processo*.

Esse método, porém, não se resume apenas na materialidade da sequência de atos praticados em juízo; importa, também e principalmente, no estabelecimento de uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular,

a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual⁶⁵.

Portanto, a despeito de atender aos interesses subjetivos motivadores da provocação jurisdicional, o processo desenvolve-se sob o ideal público do Estado, vale dizer, ideal de realização da função jurisdicional com a pacificação de conflitos sociais. Portanto, em regra, o processo é um palco público para consecução de pretensões particulares, ou seja, pertinentes aos sujeitos parciais, e, ao mesmo tempo, a materialização de um objetivo estatal de resolução de lides.

Ocorre que o processo foi substancialmente afetado com a transformação do quadro de relações sociais, estas cada vez coletivizadas, ou seja, envolvidas por situações nas quais o interesse deixa de ser unicamente individual. O ministro Teori Albino Zavascki ressalta que nos *“grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas”*⁶⁶.

Neste contexto, o julgamento de recursos especiais repetitivos de fato representa importante instrumento de defesa de interesses que transcendem as partes do processo, na medida em que permite a formação de uma orientação uniforme para causas semelhantes.

Todavia, deve-se atentar para o fato de que o recurso especial, antes de servir ao interesse coletivo, na forma do artigo 543 do Código de Processo Civil, é um recurso que advém do exercício de um direito marcado pela voluntariedade⁶⁷.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 25ª ed. rev.e atual. São Paulo : Editora Forense, 1998, p. 45.

⁶⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

⁶⁷ “Portanto, a razão jurídica do recurso reside na necessidade de seu exercício pela parte que ficou total ou parcialmente sucumbente, a fim de tentar afastar o dano que da inércia resultaria, com a preclusão formal ou material do julgado” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário*

Em outras palavras, em sua essência, o recurso especial representa a irresignação da parte recorrente.

Tratando do recurso especial, assevera Francisco Cláudio de Almeida Santos sobre a dupla função desta modalidade recursal:

É recurso cabível para o Superior Tribunal de Justiça e tem ele uma dúlice finalidade: uma pública e outra privada. É público seu fim, tendo em vista sua função de provocar o S. T.J., ao lado do Supremo, este em nível filactério constitucional, tribunal superior, que é órgão garantidor da aplicação do direito positivo, na sua exatidão, do respeito pela autoridade da lei federal, e da harmonia de interpretação da lei, de forma a evitar as decisões conflitantes dos tribunais de apelação, na sua labuta jurisdicional.

[...]

O outro fim, que, para JAIME GUASP, é o único, pois, segundo ele, nenhum instituto processual tem índole predominante política, corresponde à função que JUAN CARLOS HITTERS denomina de “*dikelógica*”, isto é, de fazer justiça do caso concreto, aparecendo, destarte, o recurso como meio impugnativo da parte para reparar um agravo a direito seu, ainda que a decisão contenha em si algo mais grave, qual seja a contravenção da lei. Sem dúvida, essa é uma finalidade indisfarçável, visto sem a ofensa a direito da parte não poderia esta sequer recorrer, já que não há no Brasil o recurso de cassação, no interesse da lei, como na França, de iniciativa do Ministério Público⁶⁸.

Consoante asseverado pelo Ministro João Otávio de Noronha, quando do julgamento do caso ora em estudo, no recurso especial o interesse público “pega carona” no interesse do particular que provocou o incidente recursal⁶⁹. Ou seja, ainda que a própria natureza extraordinária do recurso especial, que veda a análise da justiça da decisão, tenha nota característica de interesse público, é a vontade privada a responsável pela submissão da questão de direito à Corte de cúpula. Vale a transcrição do voto do Ministro Noronha:

Então, analisando a questão do interesse público, recurso de natureza extraordinária, como o extraordinário e o especial, é evidente que encontra nele embutido o interesse público. Calamandrei já dizia que, nessa espécie

recurso especial. – 8. Ed. ver. ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

⁶⁸ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Recurso especial: visão geral*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília. v.1, n. 2, jul./dez. 1989, p. 143-161.

⁶⁹ A observação consta das notas taquigráficas do julgamento ocorrido no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

de recurso, o Estado pega uma carona no interesse particular do privado para alçar ao Tribunal a questão, porque ali o Tribunal manifestará o interesse público na interpretação ou na unificação do direito. É da natureza desse recurso que tenha um interesse público na interpretação ou, como disse Pontes de Miranda, na proteção ou assecuração da inteireza do direito federal.

Ainda que o primado de proteção do interesse público seja um ideal do processo, e em especial no âmbito dos recursos de natureza extraordinária, a decisão tomada pelo STJ no julgado em análise parece ter coletivizado o interesse recursal privado, como faz o Supremo Tribunal quando das ações de defesa da ordem constitucional.

Porém, na seara do recurso especial, consoante demonstrado capítulos acima, a norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil não é equivalente ao instituto da repercussão geral do recurso extraordinário. É que a Corte Suprema possui mecanismos previstos na lei processual e na própria constituição que permitem a objetivação do julgamento dos expedientes recursais de sua competência, por meio do controle incidental de constitucionalidade.

Sobre a possibilidade de objetivação do recurso extraordinário, destaca-se o posicionamento do ministro Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, citado por Fredie Didier Júnior e Leonardo José Carneiro da Cunha, que culminou na edição da Emenda número 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) (...)

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas

como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos⁷⁰.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça conta, em verdade, com um procedimento particular que, ao mesmo tempo, otimiza os julgamentos de recursos especiais repetitivos e atende ao interesse coletivo na fixação de uma orientação uniforme, tudo mediante a análise de um recurso de iniciativa da parte interessada.

Portanto, é de ser levado em consideração que, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, que tem a missão de guarda da Constituição Federal tanto pela via recursal, quanto pela via da ação direta, o Superior Tribunal de Justiça terá sempre o recurso – o caso concreto – como pressuposto de atuação na defesa do Direito Federal.

Ainda que se reconheça a constante modificação do processo civil para garantia da proteção dos interesses coletivos, o sistema processual vigente revela pontos de incompatibilidade com a decisão objeto do presente estudo. É que a coletivização do interesse privado pode colocar em xeque inúmeras garantias processuais da parte que recorre na via especial e tem seu recurso eleito para os fins do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

3.1.3 A questão do julgamento em tese do recurso especial.

Rememore-se que a desistência recursal - nos termos do disposto no artigo 501 do CPC, e conforme consolidado, até então, na jurisprudência do STJ e STF - é ato da parte que gera efeitos imediatos. Ou seja, uma vez externado o intuito de desistir, e preenchidos os requisitos legais, o expediente recursal se esvazia.

⁷⁰ *Apud* DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 6 ed. Bahia : Editora Jus

Por tal razão é que Pontes de Miranda afirma que com a desistência “há retirada da vox. Com a desistência cessa o recurso e, em conseqüência, nenhum julgamento haverá”⁷¹.

Considerando que no caso em análise o entendimento firmado, mesmo diante da desistência recursal, considerou que o julgamento do recurso especial deveria prosseguir, necessárias se fazem considerações acerca das conseqüências de tal posicionamento.

Consoante já exposto, o Superior Tribunal de Justiça somente exerce seu mister constitucional, de guarda e uniformização do direito federal, pela via recursal especial, ressalvada particulares hipóteses decorrentes de sua competência originária. Ou seja, o recurso especial, que parte do exercício recursal voluntário do interessado, é pressuposto para atuação da Corte Superior.

Ora, no *leading case* estudado o Superior Tribunal de Justiça deu sobrevida ao recurso especial que, de acordo com as normas vigentes de processo civil, deveria esvaziar-se com a manifestação válida e oportuna de desistência.

Nesta ordem de idéias, houve uma construção inédita no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde a Corte desconsiderou um ato que colocaria fim ao expediente recursal, julgado o recurso especial para o fim do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Houve, em certa medida, um julgamento em tese do recurso especial, já que proferido após o exercício de um ato que impediria o próprio julgamento recursal.

Em palestra proferida na reunião da seccional de Brasília-DF do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, o Ministro João Otávio de Noronha asseverou que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do caso em análise, terminou por criar o que chamou de “Ação Direta de Controle de Legalidade”, já que a decisão foi proferida em recurso onde já havia sido manifestada válida desistência.

Podivm, 2008, p. 333-334.

⁷¹ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo VII: arts. 496 a 538*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 79.

Ponderou o ministro que a desistência do recurso, inclusive, tem o condão de afastar o próprio pressuposto da jurisdição que é o conflito intersubjetivo, já que houve resignação da parte recorrente quanto aos termos da decisão⁷².

Neste diapasão, verifica-se que o julgado em estudo, quanto a este particular, não encontra respaldo na lei processual civil, tratando-se de construção pretoriana a partir de interpretação extensiva do artigo 543-C do CPC.

Portanto, a despeito dos robustos fundamentos da decisão proferida, a norma de procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos foi considerada pelo Superior Tribunal de Justiça como um instrumento de objetivação do recurso especial, garantindo sua aplicação a despeito da desistência recursal.

Veja-se que não se descarta a possibilidade de conformação do sistema processual civil para conferir ao Superior Tribunal de Justiça faculdade semelhante da que dispõe o Supremo Tribunal Federal para a consecução de sua missão constitucional. Contudo, a partir das normas processuais vigentes, o voto proferido pelo Ministro Nilson Naves está sujeito a críticas.

3.1.4 A questão da formação do precedente

Em relação ao voto proferido pelo Ministro Nilson Naves, devem ser levadas em consideração, ainda, as questões de fundo da formação de um precedente judicial no âmbito das Cortes Superiores.

Preliminarmente, deve-se ponderar que o Superior Tribunal de Justiça, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, volta sua atuação para as questões de direito, preservando a unidade e inteireza do direito federal. Portanto, ao pronunciar-se, a

⁷² Palestra proferida no encontro seccional de Brasília-DF do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, realizada no auditório do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 17/08/2009.

Corte Superior firma orientação acerca da correta aplicação de determinado preceito legal, servindo o caso concreto de pressuposto para atuação de sua missão constitucional.

Tratando-se de um ente unificador da interpretação do direito federal, os precedentes exarados pela Corte Superior, a despeito de não possuírem força vinculante, como no sistema do *stare decisis*⁷³, possuem considerável importância para aplicação direito em todas as instâncias. A propósito:

Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundadamente apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados, as decisões dos tribunais superiores (e, não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema judiciário, força persuasiva prevalecte sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores. Isso porque, ao apreciar demanda nova, uma das atitudes mais comuns aos magistrados consiste no saudável estudo da jurisprudência já assentada sobre o tema. Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente⁷⁴.

No mesmo sentido é a ponderação de Chaïm Perelman:

As coletâneas de jurisprudência fornecem o melhor material para o estudo da lógica jurídica. De fato, os tribunais, e não os teóricos, é que são encarregados de dizer o direito, motivando suas decisões. É o se raciocínio que permite, no final das contas, discernir a lógica jurídica num Estado, em dado momento, e as obras de doutrina só se tornam parte integrante de uma ordem jurídica positiva quando as justificações e as conclusões que propõem são adotados pelo poder judiciário⁷⁵.

⁷³ “Se o direito anglo-americano tem como principal característica ser "direito de tribunais", o nosso direito, que pertence à família romanogermânica ao contrário, tem por fonte, quase que exclusiva, a "lei". Em síntese: nosso direito é "legal"; o anglo-americano, "judicial". É o "direito dos precedentes", do *Stare Decisis*” (MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o Judiciário americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n. 1, p. 39-46, jan./jun. 1994).

⁷⁴ NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As Tendências Brasileiras Rumo a Jurisprudência Vinculante*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 83-102, 1999.

⁷⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* – São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 221.

Aliás, o próprio advento do artigo 543-C do Código de Processo Civil demonstra o intento de fortalecimento dos precedentes judiciais oriundos do Superior Tribunal de Justiça, como mecanismo de otimização da prestação jurisdicional na instância superior.

Portanto, a despeito de facilitado o acesso à instância especial, desde que atendidos os requisitos recursais legais e constitucionais, tanto a postulação quanto o processo de decisão na instância superior devem se dar com toda cautela. É que há a possibilidade de, a partir do julgamento de um recurso especial, emanar entendimento que terá aplicação e influência em inúmeros outros casos semelhantes, mesmo antes da sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Por tal razão, o advogado que milita na instância superior deve considerar este aspecto quando da defesa do interesse de seu cliente. Assim é que, para alcançar o provimento de seu recurso, é imprescindível prepará-lo adequadamente, desde a instância ordinária, para a provável apreciação da instância superior.

A desistência de um recurso que o advogado julga não ser o melhor para a formação de um precedente que poderá afetar, além da esfera de interesse de seu cliente, inúmeras outras relações processuais, revela-se legítima estratégia de patrocínio.

Sobre a relação do advogado com a formação do precedente, merece destaque as lições de Ovídio Baptista ao analisar a influência da jurisprudência na formação das decisões. Veja-se:

Esta é a circunstância paradoxal que obriga o advogado a um equilíbrio instável entre os princípios, zelosamente preservados da “jurisdição declaratória”, e as novas realidades decorrentes do *decisionismo* positivista, liberto da exigência de fundamentação de sentenças que recomenda – mais do que recomenda – impõe que o advogado, ao receber o cliente, mantenha a natural atitude de prudência, evitando emitir opinião sobre o caso, antes de conhecê-lo suficientemente; mas, além disso, haverá de solicitar-lhe o prazo de alguns dias, indispensáveis para que ele se informe da mais recente “vontade da lei”, registrada nos últimos dois meses, cuja busca é

indispensável fazer nos *sites* dos tribunais, especialmente dos Tribunais Superiores.

[...]

Sem intenção de fazer humor, porque o assunto é demasiadamente grave para a condição do advogado forense, poderíamos dizer que o sistema brasileiro tanto rodou, entre as contingências impostas por um sistema emperrado e obsoleto, que finalmente transformou-se em um sistema *jurisprudencial*, à semelhança do direito inglês. A “vontade da lei” é “descoberta” exclusivamente através dos registros jurisprudenciais. A doutrina que, seguidamente ornamenta os acórdãos nada tem a ver com o *thema decidendum*, se não depois de despida de sua *individualidade*, de modo a ser inserida na seriação de casos “normatizáveis”, porque integrantes de um grupo “homogeneizado”⁷⁶.

Portanto, a formação de um precedente é uma responsabilidade que o advogado assume ao acessar a Corte Superior buscando a ampla defesa do direito de seu cliente. Aliás, revela-se aqui até mesmo um fator de ordem psicológica, na medida em que ao advogado, como função essencial à Justiça, é dado o encargo de equacionar o interesse do recorrente com a ampla visão do sistema processual. Novamente são pertinentes as lições de Chaïm Perelman:

De fato, mesmo que não se sejam obrigadas à regra do *stare decisis*, no direito continental, as instâncias inferiores hesitam em contradizer as instâncias superiores, que poderia, cassar-lhes a sentença, a menos que possam argumentar de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência. Esta, aliás, a razão pela qual cada uma das partes tem interesse em mostrar ao juiz que a solução que propõe afasta-se o menos possível da jurisprudência tradicional. Ou, caso se afaste, que se insere numa linha de evolução indicada por arestos anteriores. Mas, a cada vez, será necessário mostrar que a solução que se propõe é a mais justa, a mais razoável, que corresponde melhor aos interesses da sociedade⁷⁷.

No caso em estudo, com a desconsideração da desistência recursal formulada, o Superior Tribunal de Justiça, ainda que na legítima busca da preservação do interesse coletivo, terminou por impor ao advogado certa carga de

⁷⁶ BAPTISTA, Ovídio. *Advocacia em tempos de crise*. in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civi, Ano V, n. 28, jul./ago. 2004, p. 104.

⁷⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* – São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 219.

responsabilidade tanto pela tese consolidada, quanto pelos efeitos do julgamento para a parte recorrente.

3.2 O entendimento do Ministro João Otávio de Noronha

De outro lado, verifica-se o entendimento defendido pelo voto vencido proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, no sentido de que a homologação da desistência teria lugar, ainda que no procedimento regulado pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Os pontos principais de sua tese são (i) a existência de uma norma autorizadora da desistência (artigo 501 do CPC), que tem aplicação ao caso; (ii) a possibilidade de a Corte Superior afetar outro recurso; e (iii) ter o artigo 543-C do Código de Processo Civil criado uma regra de julgamento, somente.

3.2.1 A função do Superior Tribunal de Justiça

Consoante já destacado, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se no topo da hierarquia judiciária infraconstitucional, mas com a incumbência de preservar a integridade do direito federal, bem como a unidade de sua interpretação. E é por meio do recurso especial que a Corte Superior desenvolve sua missão.

Contudo, o uso anômalo do recurso especial fez com que uma crise semelhante àquela já experimentada pelo Supremo Tribunal Federal se instaurasse no Superior Tribunal de Justiça, com um número cada vez mais crescente de recursos. Além disso, a autoridade das decisões ordinárias passou a ser cada vez

mais reduzida, já que questões atinentes a um sem número de causas alcançavam a Corte Superior, e somente naquela seara encontravam definição. A este respeito:

Contudo, sob outro ângulo, nota-se que a experiência colhida no curso das duas últimas décadas deixa claro que o ideal dos doutrinadores e do legislador constituinte de atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a palavra final sobre os conflitos de natureza infraconstitucional está sendo evidentemente desnaturado. Isso não tem contribuído para a efetividade da justiça.

[...]

No contexto descrito, resulta que, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça, passam por uma crise de significativas proporções. Os seus eminentes Ministros, assessorados por servidores de alto nível e apoiados por uma informática atualizada e altamente eficiente, não têm conseguido julgar, em tempo razoável, os processos distribuídos, que cada vez mais abarrotam os seus depósitos e, inclusive, áreas com outras destinações em suas sedes⁷⁸.

Este contexto de crise é que deve ser utilizado como pano de fundo para a avaliação da funcionalidade da norma contida no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a norma em referência deve ser vista como uma ferramenta para otimização de julgamentos, a fim de proporcionar ao Superior Tribunal de Justiça a diminuição de recursos em trâmite na Corte.

Porém, ainda que a norma em estudo figure como instrumento facilitador do resgate da função institucional do Superior Tribunal de Justiça, já que fortalece o precedente e em certa medida estreita a via de acesso à Corte Superior, não se deve perder de vista que o sistema processual civil é único. Assim, a interpretação do procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos se dá em consonância com as demais regras de processo.

Neste aspecto, a observância da norma contida no artigo 501 do Código de Processo Civil, mesmo no âmbito do julgamento de recursos especiais repetitivos, como propôs o Ministro João Otávio de Noronha, poderia ser contestada sob a ótica

⁷⁸ RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Tribunal da cidadania: 20 anos! in: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009. p. 541-546.*

da preservação da função institucional do Superior Tribunal de Justiça, que é incontestavelmente facilitada com a redução do número de recursos.

Ocorre que, como asseverado no voto em análise, a desistência recursal não impede o Superior Tribunal de Justiça de eleger um novo recurso especial para atender ao procedimento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil. Ou seja, a desistência não inviabiliza o julgamento de outro recurso repetitivo, onde será firmada uma tese a ser observada.

Aliás, já há registro de casos em que o Superior Tribunal de Justiça, de ofício ou a pedido da parte interessada, retrocedeu na afetação de um recurso para julgamento nos termos da norma em análise⁷⁹.

O entendimento do Ministro João Otávio de Noronha, no sentido do acolhimento da desistência, não diminui a função do Superior Tribunal de Justiça como ente uniformizador da interpretação do direito federal, eis que não prejudica, em última análise, a formação de uma orientação para recursos especiais considerados repetitivos.

3.2.2 A relação entre o direito de recorrer e o direito de ação

É possível depreender do voto do Ministro João Otávio de Noronha uma interpretação do direito de interposição de recursos como extensão ou prolongamento do próprio direito de ação.

Tal assertiva tem relação com o fato de que, ao deduzir sua pretensão em juízo, a parte exerce um direito contra o Estado, este detentor do poder jurisdicional,

⁷⁹ Neste sentido, há diversas decisões monocráticas como, por exemplo: REsp 1.164.521-PB, Ministro Luís Felipe Salomão, DJ de 07/12/2009; REsp 1.012.683-RS, Ministro Francisco Falcão, DJ de 05/12/2008; REsp 1.161.119-RS, Ministra Nancy Andrighi, DJ de 09/12/2009.

almejando a pacificação de um conflito. Vale dizer, a parte retira o julgador da sua condição de inércia para requerer a prestação jurisdicional.

Ocorre que o direito de ação não é um direito tão somente de acessar o Poder Judiciário. Mais do que isso, trata-se da garantia de formação e regular desenvolvimento de um processo, este cercado de princípios, regras e tantas outras garantias, para alcançar uma prestação jurisdicional plena, completa e tempestiva. A propósito:

Em conclusão, pode-se afirmar que a garantia constitucional do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional⁸⁰.

Ora, neste contexto, também o exercício do direito recursal é uma prorrogação do próprio direito de ação, na medida em que busca o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, no interesse do próprio Estado e, por conseqüência, no interesse da parte que recorre. A este respeito, destacam-se as lições de Bernardo Pimentel Souza:

Duas correntes antagônicas partem do direito de ação para identificar a natureza do instituto: a primeira corrente, com muitos defensores na doutrina estrangeira, considera o recurso verdadeira ação autônoma, diversa daquela que deu ensejo à formação do processo em que foi proferida a decisão recorrida; a outra corrente tem o recurso como mera *extensão do próprio direito de ação* exercido no processo em que foi prolatado o *decisum* causador do inconformismo. É a corrente prestigiada pela doutrina pátria, o que é explicável à luz do direito positivo brasileiro, segundo o qual a interposição de recurso não conduz à instauração de novo processo, mas ocasiona apenas o prosseguimento do mesmo processo iniciado com a propositura da ação pelo autor. À vista do direito brasileiro, somente as ações autônomas de impugnação dão causa à inauguração de

⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed., ver, e atual. São Paulo : Malheiros, 1997, p.84-85.

processo distinto daquele no qual foi proferida a decisão desfavorável. A respeito da natureza jurídica do recurso no direito pátrio, merece ser prestigiada a conclusão n. 134 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “O *direito de recorrer constitui modalidade do próprio direito de ação, pois enquanto não houver preclusão tem a parte, no mesmo processo, direito a reexame do provimento jurisdicional*”⁸¹.

Ainda que o impulso oficial, com o sistema de prazos, ônus e preclusões, seja o motor do processo, o recurso é marcado pela voluntariedade. Em outras palavras, ressalvada as reservas relativas à remessa oficial, é da parte a iniciativa de evitar a consumação da coisa julgada, fazendo prolongar no tempo os reflexos do exercício de seu direito de ação, pois, do contrário, se submeterá imediatamente aos termos da decisão não atacada por recurso.

Por tal razão é que ninguém é obrigado a ingressar em juízo como autor de uma pretensão, tampouco poderá se obrigado a nele permanecer na condição de recorrente. É que, em ambos os casos, é a vontade e o interesse da parte que instaura e perpetua a prestação jurisdicional. O interesse do Estado é somente um: pacificar a lide com a autoridade da coisa julgada, expressão da necessária segurança jurídica.

Estas ponderações dão suporte ao entendimento perfilhado pelo Ministro João Otávio de Noronha, já que a desistência do recurso expressa, em última medida, a desistência da parte em não mais postergar o seu direito de ação, submetendo-se à decisão recorrida⁸².

⁸¹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. atual. de acordo com as Leis n. 11.672 e 11.697, de 2008. – São Paulo : Saraiva, 2009, p. 10.

⁸² Ressalva-se a hipótese de nem sempre a desistência do recurso acarretará o encerramento do processo, já que o recurso pode dizer respeito a uma questão incidental, por exemplo. Contudo, a desistência do recurso sempre expressará a vontade da parte em submeter-se à decisão recorrida e, por conseguinte, por fim à controvérsia incidental verificada.

3.2.3 A desistência como ato unilateral do interessado: a norma do artigo 501 do CPC como expressão do devido processo legal

Os argumentos utilizados para possível crítica ao posicionamento adotado pelo Ministro Nilson Naves, que terminou por prevalecer no caso em estudo, são válidos para fortalecer o entendimento expressado no voto do Ministro João Otávio de Noronha.

De fato, a norma contida no artigo 501 do Código de Processo Civil não faz ressalvas quanto ao exercício do direito de desistir do recurso interposto, ainda que o expediente recursal tenha sido submetido ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Ademais, como já exposto, a desistência recursal não exige aceitação pela parte recorrida, tampouco autorização por parte do órgão julgador, que se limita a proferir ato de natureza meramente declaratória quando homologa a desistência, já que os efeitos do esvaziamento do recurso são imediatos.

Ora, o processo civil é um sistema composto de normas procedimentais que fazem com que a jurisdição seja prestada de forma a satisfazer tanto o interesse privado, quanto o interesse público. Vale dizer, há um devido processo legal, constitucionalmente garantido, para a solução do litígio submetido ao Poder Judiciário. Do contrário, seria dado lugar à insegurança jurídica, já que as partes poderiam ficar ao alvitre das circunstâncias.

No caso do julgamento de recursos especiais repetitivos, por mais que o interesse público seja prestigiado, não se pode colocar em risco o direito das partes da observância do devido processo legal. Sobre este aspecto, a lição de Mauro Cappelletti deve ser destacada:

Por mais importante que possa parecer a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não

apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas⁸³.

A conclusão de Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa demonstra que a norma processual que prevê a desistência recursal, além de não embarçar a aplicação da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos, é mesmo uma expressão do próprio devido processo legal. Veja-se:

Sendo o recurso um ônus imposto à parte que deseja afastar algum prejuízo que lhe tenha sido causado pela decisão proferida pelo juiz ou tribunal, é direito do recorrente dele desistir, independentemente da anuência da parte contrária ou do órgão jurisdicional, de modo a impedir, assim, o exame da causa pelo órgão hierarquicamente superior.

O fato de o recurso especial ter sido selecionado como paradigma, para fins de julgamento por amostragem, em nada afeta o direito da parte (de desistir do recurso), até porque a desistência, em princípio (ressalvada a hipótese, pouco provável, de desistência de todos os recursos), não obsta o prosseguimento do incidente do art. 543-C do CPC, uma vez selecionado outro paradigma pelo próprio STJ ou por um dos Tribunais locais⁸⁴.

Sob esta ótica, o entendimento que preservou a aplicação do artigo 501 do Código de Processo Civil, e, portanto, acatava a desistência recursal, revela-se aceitável à luz do princípio do devido processo legal, inexistindo incompatibilidade tanto com o sistema processual, quanto com o próprio sistema constitucional.

3.2.4 A inexistência de conflito entre o interesse privado e o interesse público: o artigo 543-C como técnica de julgamento

Por fim, há de ser analisado o argumento, que terminou por prevalecer no julgado em estudo, no sentido de que a desistência recursal, direito da parte

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1988, p. 164.

⁸⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 76, julho-2009, p. 39.

recorrente, estaria em contraste com o interesse público na formação de uma tese com aplicação para diversos recursos especiais considerados repetitivos.

É que no voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha foi asseverado que, em verdade, não há que se falar em conflito entre o interesse público e o interesse privado na hipótese, já que a desistência recursal não frustra a aplicação da norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Consoante asseverado alhures, não é a parte quem faz a opção que o seu recurso especial seja julgado como representativo de uma controvérsia repetitiva. Ao contrário, é o próprio tribunal quem faz o juízo de conveniência acerca da afetação de um especial para o fim da norma objeto do julgamento em estudo.

Veja-se que não é o fato de o recurso especial ser ou não processado na forma do procedimento de julgamento de repetitivos que faz emergir o interesse público. Em verdade, e dada a própria característica do recurso especial, sempre haverá o interesse na unificação da interpretação do direito federal, que será realizada no âmbito da Corte Superior.

Ora, exatamente por se tratar de um recurso que não se volta para a correção da justiça da decisão, o recurso especial é classificado como espécie de recurso de natureza extraordinária, que tem suas hipóteses de cabimento previstas no próprio texto constitucional. A propósito:

O entendimento defendido por Seabra Fagundes foi seguido e difundido por diversos processualistas. Dentre eles, Sérgio Bermudes coloca que são ordinários os recursos que têm por objeto próximo a proteção do direito subjetivo. Os recursos extraordinários, por sua vez, são os que visam a proteger o direito objetivo, e só reflexamente, secundariamente, o direito da parte. Denominado de modos diversos tais modalidades de recursos – respectivamente, “recursos comuns” e “recursos extraordinários”, e “recursos ilimitados” e “recursos limitados” -, chegam a conclusão semelhante Athos Gusmão Carneiro e Alcides de Mendonça Lima⁸⁵.

⁸⁵ MEDINA José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed. ver. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

Portanto, o interesse público sempre estará ínsito à própria interposição do recurso especial e seu julgamento, já que, por meio do ato voluntário do recorrente, será exercida a defesa do ordenamento legal federal. Assim, não é um procedimento específico de julgamento que dá ao recurso especial seu caráter de proteção ao interesse coletivo.

Já foi asseverado que a atuação do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário daquela exercida pelo Supremo Tribunal Federal, tem como pressuposto um recurso especial interposto, a partir do juízo de conveniência exercido pela parte recorrente. Ou seja, ressalvados os casos de competência originária, a Corte Superior exerce sua missão constitucional no seio do julgamento de um recurso advindo da voluntariedade. Aliás, é exatamente por tal razão que ponderou o Ministro João Otávio de Noronha que, nesta particular modalidade recursal, ao interesse público “pega carona” no interesse privado.

Não se deve perder de vista, portanto, que o *“móvel do recurso será o de melhorar, ou ao menos preservar a posição jurídico-processual da parte: é por isso que há proibição da reformatio in pejus”*⁸⁶.

Percebe-se, pois, que, em verdade, o recurso especial representa a convergência do interesse privado do recorrente, que busca beneficiar-se do provimento do recurso, com interesse público, que tutela a ordem jurídica.

Contudo, considerando o devido processo legal, é do recorrente a decisão de aceitar ou impugnar uma decisão judicial na via recursal. A desistência, neste contexto, é a própria resignação da parte, que esvazia a atuação do tribunal, porque não mais necessária.

Por mais injusta ou incorreta sob ponto de vista da interpretação da lei federal, o Poder Judiciário não poderá infringir um julgado se a própria parte

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário recurso especial*. – 8. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

interessada com ele assentiu. É que o interesse último da jurisdição é a pacificação do conflito, de forma imparcial, com segurança jurídica.

Assim, o ato de desistência de um recurso especial não frustra a missão institucional do Superior Tribunal de Justiça que, como qualquer órgão judicial, submete-se ao princípio da inércia, ou seja, atuando somente quando provocado, nos limites da provocação.

É que, como asseverado alhures por Yoshikawa, a Corte Superior poderá submeter um novo recurso especial ao procedimento previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil. Aliás, reitera-se que já se tem registro de desafetação de recursos, o que demonstra o aspecto procedimental da norma. Vale transcrever novamente a observação de Yoshikawa:

Não se justifica, na situação em exame, proibir a desistência do recurso invocando a primazia do interesse público sobre o interesse privado, pois não existe conflito entre um e outro (= outro paradigma poderá ser selecionado), e porque a presença do interesse público no processo não descaracteriza o recurso especial com espécie do gênero recurso, isto é, como manifestação do interesse da parte que sucumbiu [...]⁸⁷.

Se a norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil pretendeu conferir objetivação ao recurso especial, a ponto de permitir seu julgamento mesmo contra o interesse do próprio recorrente, a transformação do sistema processual não parece ter sido completa.

Com efeito, há inúmeras regras de procedimento que, por atenção ao próprio princípio da legalidade e do devido processo legal, não podem ser subvertidas no julgamento do recurso especial que, antes de alcançar o fim público, é verdadeiro recurso processual. Sob este aspecto, a desistência do recurso especial tem lugar, ainda que no âmbito de um procedimento de julgamento diferenciado, já que não há exceções processuais a este respeito.

⁸⁷ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 76, julho-2009, p. 38.

É possível concluir que a norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil revela, em verdade, uma regra de procedimento ou, ainda, uma técnica de julgamento, destinada ao aprimoramento da prestação jurisdicional na esfera recursal superior. E, por certo, como norma processual, esta deve conformar-se com o sistema já consolidado, já que não se cogita a hipótese de conflito interno de preceitos⁸⁸.

Diante de tais considerações, a interpretação proposta no voto do Ministro João Otávio de Noronha revela-se mais coerente com o processo civil, enquanto sistema normativo, não havendo conflito entre o interesse coletivo e o interesse privado na aplicação do artigo 501 no procedimento regulado pelo artigo 543-C, todos do Código de Processo Civil.

⁸⁸ “A atual estrutura normativa do processo está predisposta para que as partes que dele participam em contraditório, sendo os destinatários da sentença, contribuindo para sua formação, saibam por que pode ela constituir o ato de condenação, por que pode ela impor uma reparação, por que pode ela rejeitar um pedido de proteção a um suposto direito. Os sujeitos do processo que se realiza como um procedimento em contraditório sabem, hoje, em nome de que nome o ato final do processo condena ou declara que não há base para se condenar. E estão garantidos de que a condenação ou a rejeição do pedido de que ela se imponha se fará dentro da mais cristalina regra de uma estrutura normativa que assegura, através de suas formas, a sua participação em todas as atividades que preparam a sentença, não de modo arbitrário, mas de modo a que seus atos seja reciprocamente controlados, em sua oportunidade e em sua subsistência. Essa é a forma de um jogo democrático que permite a manifestação das divergências no *iter* da formação de um ato final que produz efeitos na esfera de direitos de seus destinatários, mas coma a garantia de simétrica igualdade de oportunidades desses destinatários nos atos preparatórios daquele que se revestirá de caráter

CONCLUSÃO

Para que a prestação jurisdicional seja plena e tempestiva, nos termos preceituados pela Constituição Federal, é preciso, de fato, um sistema processual que consagre as garantias aos sujeitos parciais da demanda, ao mesmo tempo em que sirva à pacificação eficaz de conflitos. Por tal razão, as transformações da realidade social devem inspirar mudanças na lei processual, com o intuito de preservar o principal escopo do processo: solução de demandas com definitividade, efetividade e segurança jurídica.

Assim, o sistema recursal, além de garantir o controle necessário ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, servindo aos interesses dos recorrentes e do Estado. E a atuação das Cortes Superiores, neste contexto, deve ser um elemento facilitador do processo de desenvolvimento da jurisdição, uniformizando a interpretação da lei, no caso do Superior Tribunal de Justiça, com autoridade do precedente judicial.

É neste ideal que deve ser interpretado advento da norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Ou seja, trata-se de uma norma do sistema processual destinada à otimização dos julgamentos de recursos especiais que, a partir da pretensão individual do recorrente, alcança o fim maior de uniformizar a interpretação da lei a ser aplicada a inúmeros casos semelhantes.

No caso estudado, o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar a referida norma, reputou que o direito de desistência recursal não seria compatível com o procedimento de julgamentos de causas repetitivas, eis que o interesse maior da prestação jurisdicional (público) não poderia ceder à pretensão individual do recorrente (privada). Assim, o Superior Tribunal de Justiça afastou a norma do artigo 501 do Código de Processo Civil vedando que o recorrente desista de seu recurso, prosseguindo no julgamento.

imperativo" (GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e teoria do processo*. – Rio de Janeiro : Aide Editora, 1992, p.172-173).

Após a análise detida dos posicionamentos defendidos quando do julgamento do *leading case* estudado, verifica-se que a conclusão do julgamento foi conduzida pelo argumento contido no voto do Ministro Nilson Naves, no sentido de que, no processo, deve prevalecer o interesse da jurisdição na formação de um precedente norteador. Do voto, depreende-se, ainda, o reconhecimento da publicização dos interesses processuais.

Por outro lado, constata-se que o posicionamento, vencido, defendido pelo Ministro João Otávio de Noronha, apresentou uma interpretação sistemática da questão, acatando a desistência, com o reconhecimento de inexistência de conflito entre as normas do artigo 543-C e 501, ambas do Código de Processo Civil; inexistência de conflito entre os interesses público e privado.

A partir da extração dos núcleos estruturantes dos votos proferidos, no que importa, os votos dos Ministros Nilson Naves e João Otávio de Noronha, a confrontação dos entendimentos apresentados com os princípios processuais constitucionais, e com o próprio sistema processual civil, revela que a conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Questão de Ordem nos Recursos Especiais 1.063.343/RS e 1.058.114/RS está sujeita a críticas.

A desistência do recurso especial, além de ser um direito da parte recorrente, não obstaculiza a formação de um precedente para o fim da norma que regula o julgamento de recursos repetitivos. Assim, não se verifica incompatibilidade entre os preceitos dos artigos 543-C e 501, ambos do CPC; interesse privado e interesse público estão em acordo.

Contudo, assim como no controle do direito de recorrer, há de se perquirir acerca do abuso do direito de desistir, a fim de evitar que a parte utilize o processo de modo temerário, não cabendo a presunção de má-fé do desistente pelo simples fato de exercer seu direito.

Vislumbra-se, portanto, que o ideal de realização da jurisdição, a partir do julgamento de recursos especiais mediante a adoção da técnica do artigo 543-C do Código de Processo Civil, não pode sobrepor-se às garantias processuais previstas

pelo sistema, sob pena de vulnerar o devido processo legal a partir de uma interpretação *de lege ferenda*.

Portanto, constata-se que, ao menos em relação ao sistema processual civil posto, e aos próprios princípios processuais constitucionais, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça encontra entraves quanto à sua justificação técnica. Contudo, é de ser reconhecida a possibilidade futura de conformação legislativa das atuais normas de processo civil, o que daria o suporte necessário à decisão objeto do presente estudo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Procedimentos para o Julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – Anotações à Lei n° 11.672/2008 (acréscimo do art. 543-C no CPC)*. in Revista Dialética de Direito Processual, n. 65, Agosto-2008

BAPTISTA, Ovídio. *Advocacia em tempos de crise*. in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civi, Ano V, n. 28, jul./ago. 2004

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2006

BONAVIDES, Paulo; MORAES, Germana; ROSAS, Roberto (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cesar Asfor Rocha – Rio de Janeiro : Renovar, 2009*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009

_____. QO no REsp 1.058.114/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009

_____. EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 876.853/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 27/03/2009

_____. AgRg nos EDcl no REsp 1014200/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008

_____. AgRg no REsp 439.983/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 05/02/2007 p. 324

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 633646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2007, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00022

_____. AI 548763 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 19-05-2006 PP-00014 EMENT VOL-02233-05 PP-00959

_____. RE 113682 QO, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 11-10-2001 PP-00018

BRASIL. _____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Institui o Código de Processo Civil. DOU de 17.01.1973.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Mensagem n. 41 sobre a exposição de motivos que acresce o artigo 543-C ao Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/555963.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2009

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática*. Rio de Janeiro : Forense, 2008

_____. *Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ in Revista de Processo*. Ano 33, n. 162, ago/2008

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed., ver, e atual. São Paulo : Malheiros, 1997

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 6 ed. Bahia : Editora Jus Podivm, 2008

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais*. Revista Internacional de Direito Tributário, v. 8, p. 391-399, jul./dez. 2007

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *A desistência recursal e os recursos repetitivos*. Revista de Direito Renovar, Volume 42, setembro/dezembro 2008, Rio de Janeiro

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ*. in Revista de Processo, ano 34, n. 170, abr./2009

GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e teoria do processo*. – Rio de Janeiro : Aide Editora, 1992

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2006

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o Judiciário americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n. 1, p. 39-46, jan./jun. 1994

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário recurso especial*. – 8. Ed. ver. ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.352/2001 – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no recurso extraordinário*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007

MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O Processo na Constituição* – São Paulo : Quartier Latin, 2008

MARTINS, Samir José Caetano. *O julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (Lei 11.672/2008)*. In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 64, julho-2008

MEDINA José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial : e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed. ver. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 10ª triagem. São Paulo : Malheiros, 2002

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VII: arts. 496 a 538, Rio de Janeiro : Forense, 1999

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts 476 a 565 – Rio de Janeiro : Forense, 2003

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6 ed. atual., ampl. e reform. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Apud TEIXEIRA*, Sálvio de Figueiredo. *As Tendências Brasileiras Rumo a Jurisprudência Vinculante*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 83-102, 1999

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica* – São Paulo : Martins Fontes, 1998

PORTANOVA, Rui. *Princípios no Processo Civil*. 6 ed. - Porto Alegre : Livraria do advogado, 2005

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Tribunal da cidadania: 20 anos!* In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos. Brasília: STJ, 2009

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil* – 4 ed. reform., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Recurso especial: visão geral*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, p. 143-161, v.1, n. 2, jul./dez. 1989

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo : Malheiros, 1997

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. atual. de acordo com as Leis n. 11.672 e 11.697, de 2008. – São Paulo : Saraiva, 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ chega a um milhão de processos. Disponível em

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=85423>. Acesso em 18 dez. 2009.

_____. Boletim Estatístico de Outubro de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/Default.asp?ano=2009&submit=Ok>>. Acesso em 18 dez. 2009.

_____. Resolução nº 8/2008. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf?sequence=4>. Acesso em 23 dez. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório sobre a repercussão geral. Dezembro de 2009. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeralRelatorio>>. Acesso em 18 dez. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2002

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 25ª ed. rev.e atual. São Paulo : Editora Forense, 1998

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea. *Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos*. in *Revista dos Tribunais*, Ano 98, volume 882, abril 2009

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Julgamento por amostragem e desistência do recurso especial*. In *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, n. 76, julho-2009

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007

ANEXO

**Acórdão proferido no julgamento da QO no REsp 1063343/RS, Rel.
Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em
17/12/2008, DJe 04/06/2009.**