

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Processual Civil

JULIANA APARECIDA DE SOUZA MOURÃO

A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO
RECURSO REPETITIVO NO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília – DF,
2009.

JULIANA APARECIDA DE SOUZA MOURÃO

**A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO
RECURSO REPETITIVO NO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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.
Orientadora: Prof.

Curso: Direito

**Brasília – DF,
2009.**

A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO REPETITIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Monografia sobre o direito da parte de desistir do recurso anteriormente interposto, ainda que este recurso especial seja afetado como representativo de controvérsia jurídica idêntica reiteradamente discutida. A abordagem justifica-se frente à análise do estudo de caso de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no qual restou negado o pedido de desistência de recurso formulado pelo próprio recorrente. O objetivo da pesquisa assenta-se na harmonização de duas regras processuais, em tese, conflitantes, a saber: o direito de desistir do recurso interposto assegurado nos termos do art. 501 do Código de Processo Civil e o direito fundamental da eficácia da prestação jurisdicional de forma célere, ou, pode-se dizer, o direito dos Tribunais decidirem apenas uma única vez a mesma matéria, favorecendo a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Por fim, como objetivo principal, busca-se uma alternativa de coadunar os direitos propondo a criação de um novo incidente processual, qual seja, o incidente de recurso repetitivo. Neste incidente, nos moldes do art. 480 e seguintes da legislação processual, o processo será julgado em duas partes distintas. Julgar-se-á, por órgão especial, apenas a causa de fundo, ou seja, a matéria de direito federal tida como repetitiva, cabendo à respectiva turma julgar os fatos arguidos pela partes. Assim, caso haja pedido de desistência em recurso afetado como repetitivo, não haverá prejuízo na análise da matéria de direito reiteradamente aventada, da mesma forma que se garantirá o efetivo exercício do direito potestativo da parte de desistir de seu recurso interposto. Propõe-se, ainda, de forma alternativa, caso se revele inviável a criação de mais um “entrave” processual, que se adote o entendimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a desistência do recurso extraordinário considerado como de repercussão geral independentemente de maiores digressões, aplicando a proteção à essência do instituto do recurso, qual seja, a voluntariedade.

Palavras-chave: Direito processual civil. Desistência. Recurso. Emenda Constitucional nº 45. Celeridade processual. Prestação jurisdicional. Efetividade. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Estudo de caso. Harmonização de regras. Recurso especial. Recurso repetitivo. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

ABSTRACT

Monograph on the right of the party quit the earlier action brought, even though this feature is particularly affected as representative of the same legal dispute repeatedly discussed. The approach is justified to consider the opposite case study of trial given by the Superior Court in which the left rejected the request to cancel the appeal made by the applicant. The objective of the research is based on the harmonization of two procedural rules, in theory, conflict, namely the right to withdraw the appeal provided under art. 501 of the Code of Civil Procedure and the fundamental right of the effectiveness of judicial assistance in a timely fashion, or, one might say, the right of courts to decide once and only once with the same subject, promoting the effectiveness and speed of judicial assistance. Finally, the main objective, seeks an alternative to link the rights proposing the creation of a new procedural issue, namely, the incidence of repetitive use. In that incident, along the lines of art. 480 and following of the procedural law, the case will be heard in two separate parts. Judging will be by the special, just a question of substance, ie, the federal law seen as repetitive, while the respective class to judge the facts by the accused parties. So if there's withdrawal on appeal affected as repetitive, there is no harm in analyzing the law repeatedly suggested in the same way that will ensure the effective exercise of the right scope for discretion on the part of giving up his appeal. It is, also, alternatively, should it prove impossible to create another "barrier" process, wich adopts the view used by the Supreme Court, to allow the withdrawal of special appeal considered whether the general effect for further explanations, applying protection to the essence of the Institute of application, namely, the willingness.

SUMÁRIO

PARTE I – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.....	10
I. 1 Recursos.....	10
I. 1. 1 Noções gerais.....	10
I. 1. 2 Recurso especial.....	13
I. 1. 3 Recurso especial repetitivo.....	22
I. 2 Desistência do recurso.....	27
I. 3 Da possibilidade de desistência dos recursos extraordinários.....	33
I. 3. 1 A opção do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de desistência do recurso especial repetitivo.....	33
I. 3. 2 A análise do pedido de desistência do recurso extraordinário reconhecido como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.....	33
PARTE II. ESTUDO DE CASO.....	37
II. 1 Estudo de precedente: O julgamento do Superior Tribunal de Justiça.....	37
II. 1. 1 RESP 1.063.343/RS. Recurso especial repetitivo selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça.....	38
II. 1. 2 A descrição do caso: aspectos fáticos e dispositivos normativos envolvidos.....	38
II. 1. 3 Identificação da questão discutida.....	40
II. 1. 4 A controvérsia. Discussão sobre os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para indeferir o pedido de desistência.....	40
II. 2 Harmonização de normas. Busca de soluções.....	43

INTRODUÇÃO

A pesquisa em comento objetiva analisar a possibilidade de desistência do recurso especial escolhido como representativo de questão repetitiva de direito.

Antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, já se via a plethora do Poder Judiciário.

Não se sabe bem ao certo, mas o fato é que o judiciário vem vivendo uma situação cada vez mais delicada ao tentar resolver as questões que lhe vem sendo propostas. Assim, buscando dar mais efetividade à prestação jurisdicional, várias reformas legislativas vem sendo implementadas no sentido de dar maior agilidade e eficácia na prestação jurisdicional.

São diversos os pontos abordados pela reforma constitucional, vale, a título, exemplificativo, citar alguns: obrigatoriedade da distribuição automática de todos os processos, a vedação de férias forenses coletivas, o instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante e o procedimento da afetação de recurso especial tido como representativo de controvérsia jurídica.

Neste eito, verifica-se que as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fixam, apenas, algumas diretrizes a serem observadas, por todo o arcabouço jurídico, com o fito de melhorar a situação descrente da atuação do Poder Judiciário.

Há que se lembrar que alguns autores, chamam estas novas alterações como um meio de massificar a justiça, ou seja, diante de tantas questões jurídicas

semelhantes, dúvida não há de que se deve buscar uma solução idêntica à estas questões, assim, é que se deve pautar, o novo direito processual, inicialmente, como o direito do precedente ou do paradigma adotado.

Em outras palavras, busca-se a análise pormenorizada de um caso e de outro lado a aplicação simplificada do alinhamento deste posicionamento aos demais casos semelhantes.

Em verdade, busca-se um novo meio de prestar a tutela jurisdicional, mediante a manutenção dos princípios de um estado democrático de direito.

Acompanhando esta tendência vimos ser publicada a Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008, que acrescentando o art. 543- C no Código de Processo Civil, regulamentou o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, é que paralelamente ao estudo da alteração procedimental no julgamento do recurso especial tido como representativo de recurso com fundamento em idêntica questão jurídica, será analisado a possibilidade do exercício do direito da parte, previsto no art. 501 do Código de Processo Civil, de desistir do processamento de seu recurso, independentemente da anuência da parte contrária.

Demonstrar-se-à, pormenorizadamente, o direito assegurado à parte de desistir de seu recurso interrompendo a prestação jurisdicional provocada.

De outro lado, será, também, minuciosamente analisada a nova sistemática da “coletivização” das decisões judiciais, tomadas a partir de um caso específico entendido como *leading case*.

Neste eito, tentar-se-á, utilizando-se do princípio da ponderação e da proporcionalidade, fazer um paralelo entre a aplicação dos dois direitos assegurados, sem contanto, que se aceite o simples afastamento de um em contraposição ao outro.

Enfim, temos aparentemente o conflito de princípios, quando de um lado está o direito do recorrente de desistir da sua pretensão recursal e do outro o

interesse coletivo na formulação de orientação quanto a idêntica questão de direito existente em diversos recursos.

Desta forma, visa esse trabalho fazer um estudo de ambos os direitos bem como criar uma hipótese de conciliação dos dois direitos supracitados.

Para isto faremos o estudo do caso da Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS, no qual, após longa discussão sobre a matéria, foi negado o direito da parte de desistir do recurso interposto.

Com o objetivo de tornar mais rica a discussão também será trazido à baila algumas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir a desistência do recurso extraordinário anteriormente afetado a julgamento pelo plenário daquela corte em razão de existência de repercussão geral.

Por derradeiro, este estudo tentará, ainda, expor algumas soluções para a conjugação dos dois direitos em aparente confronto.

PARTE I – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

I. 1. Recursos

I. 1. 1. Noções Gerais

Entende-se como recurso, o ato pelo qual a parte demonstra a sua insatisfação acerca da decisão proferida. Em outras palavras, considera-se como meio de impugnação, voluntário e previsto em lei, de decisão judicial contrária aos interesses da parte. “São expedientes por meio dos quais se provoca a reapreciação de matéria já decidida”¹.

Só se pode falar em recurso, quando essa insatisfação ocorre nos mesmos autos, na mesma relação jurídica processual em que a decisão atacada foi proferida, ou seja, sem que se instaure novo processo. Busca-se, no caso, uma nova decisão que substitua a outra, uma vez que a primeira é considerada incorreta, incompleta ou até mesmo inválida.

Importante ressaltar, que somente as decisões judiciais podem ser atacadas

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 245.

por meio de recurso, assim, não se pode recorrer de despachos, atos não decisórios ou atos exercidos por servidores através de delegação de poderes.

O direito da parte recorrer é consequência lógica de princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, que, ao mesmo tempo, assegura o direito ao inconformismo da parte bem como a possibilidade da demanda ser julgada não apenas uma vez, e tão somente por uma pessoa, mas, em sede de revisão, por um órgão colegiado, em tese, mais experiente.

Ora, os tribunais, na grande maioria dos casos, exercem a função de reexaminar as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Em outras palavras, a maior parte da atividade dos tribunais é de segundo grau de jurisdição, daí resultando a evidência de que a Constituição Federal refere-se, quando disciplina a estrutura do Poder Judiciário, ao princípio do duplo grau de jurisdição.²

Na verdade, trata-se, também, de uma forma de controle da atividade jurisdicional exercido por seus próprios membros, sem intromissão externa.

Neste sentido, importante colacionar a síntese do tema preparada por José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

A doutrina aponta três fundamentos que justificam a existência de recursos contra decisões judiciais em um sistema jurídico: 1º) o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse; 2º) o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente; e 3º) em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.³

Pode-se falar que existem dois tipos de recurso. Os comuns e os excepcionais. Os ordinários se prestam ao papel de levar a decisão a ser novamente analisada; em outro sentido, também são entendidos como aqueles nos quais se possibilita a discussão de matéria de fato e de direito, na medida em que se sujeitam a requisitos gerais de admissibilidade, e não a requisitos especialíssimos.

Os extraordinários, de maneira diversa, não se apresentam como sucedâneos do exercício do direito ao duplo grau de jurisdição. Para se interpor um

2 DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*. p.27.

3 *Recursos e ações autônomas de impugnação*. p.28.

dos recursos de índole excepcional é preciso que se preencha, além dos requisitos básicos de admissibilidade, os pressupostos especiais, quais sejam, a demonstração de ofensa à lei federal, caso seja recurso especial, ou à Constituição Federal quando se tratar de recurso extraordinário.

Os recursos excepcionais vieram a ser criados como forma de garantir o princípio federativo. Eles têm a função de preservar a ordem jurídica, atendo-se, apenas, a questões de direito estrito. Em outras palavras, esses recursos apresentam fundamentação vinculada à violação da lei federal ou da Carta Magna, não podendo adentrar em reanálise de provas.

Cite-se, nesse sentido, o escólio de Alcides de Mendonça Lima:

Como consequência da Federação, tornou-se necessário criar um recurso com o fim de preservar a legislação federal em sua inteireza e uniformidade na aplicabilidade em todo o território nacional. Não importa o nomen iuris de cada remédio nos vários ordenamentos jurídicos, mas, seja qual for, a finalidade é a mesma.⁴

Assim é que, normalmente, poucas lides são decididas em primeira instância. Como é facultado à parte o direito de recorrer, tem-se, em regra, sempre, a interposição pelo menos do recurso de apelação da sentença. Ou seja, pelo vulgo direito ao *“jus sperniandi”* a parte quase nunca se satisfaz com a decisão proferida contra a sua pretensão, e acabe recorrendo, de todas as formas possíveis, para tentar reverter a situação decidida.

O Código de Processo Civil faz referência a vários tipos de recursos dependendo da decisão que será impugnada, cite-se, exemplificativamente alguns tipos, o agravo retido e de instrumento, os embargos de declaração, a apelação, os embargos de divergência, os recursos especiais e extraordinários.

Não sendo o foco de análise deste trabalho, deixaremos para ser discutido em momento oportuno a questão sobre o recurso cabível de decisão que extingue o processo com ou sem resolução do mérito, da mesma forma, também não

4 *Recurso extraordinário e recurso especial. In: Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*, p. 135.

adentraremos na discussão do cabimento do recurso de agravo, após a reforma de seu instituto.

Por derradeiro, há que se lembrar a existência dos chamados recurso de ofício. É de se observar que pela conceituação do que vem a ser recursos, esta espécie de descontentamento não poderia ser considerada recurso em sentido estrito.

Na verdade, o recurso de ofício é previsto em várias leis específicas, principalmente, quando presente o interesse público, de que caso a decisão em primeira instância seja desfavorável aos entes públicos, o juiz de ofício manda esta decisão para ser revisada pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais. Assim, como se pode verificar, falta um requisito básico para ser enquadrado como recurso, qual seja, a insatisfação voluntária da parte.

Nestes casos, também chamados de causas sujeitas ao reexame necessário, há uma presunção de que para a decisão ter validade ela precisa estar necessariamente sujeita, desde o início, a duas instâncias de julgamento, independentemente da vontade da parte.

Ao pálio do já exposto, hoje, deve se entender o recurso de ofício como condição de eficácia da sentença, sem a qual a decisão jamais transitará em julgado.

Assim, adentraremos mais especificamente no estudo do cabimento do recurso especial como meio de impugnação de decisão contrária à vontade da parte.

I. 1.2. Recurso especial

O recurso especial está previsto na Constituição Federal de 1988. Nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna, é de competência do Superior Tribunal

de Justiça o seu julgamento. Vejamos:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça: julgar, em recurso especial as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O Ministro Carlos Mário Velloso revela qual é a verdadeira importância do recurso especial, ao afirmar que o principal papel do Superior Tribunal de Justiça é fazer o controle da aplicação das leis federais:

Esta é a competência mais importante do Superior Tribunal de Justiça, justamente a competência que realizará a vontade da Constituição, que é fazer do Superior Tribunal de Justiça o guardião maior do direito federal no Estado Federal Brasileiro.⁵

Em outras palavras, a Carta Magna outorga ao Superior Tribunal de Justiça, com primazia, as funções de defender a aplicação da lei federal e unificar a interpretação do direito federal comum.

Demonstra a história, que o recurso especial foi criado pela Constituição Brasileira de 1988, em razão da divisão de competência do Supremo Tribunal Federal, que se encontrava em verdadeira plethora de serviços. Assim, com o objetivo, inicialmente, de se buscar a unificação de decisões proferidas por Tribunais distintos, bem como a unificação da interpretação da lei federal, criou-se o Superior Tribunal de Justiça para executar aquela função anteriormente atribuída ao Pretório Excelso.

Como é cediço, o recurso especial tem origem próxima no recurso extraordinário, delimitado nas Constituições brasileiras. Até a Constituição de 1988, a matéria atinente ao recurso especial era cuidada e disciplinada por meio de recurso extraordinário, conforme dispunha o art. 119, III, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC de 1969.

5 O *Superior Tribunal de Justiça*. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*, p. 28.

De outro lado, a origem do recurso especial também pode ser encontrada no direito norte-americano, sob influência de um recurso instituído através do Judiciary Act (1789), criado para a Suprema Corte norte-americana estabelecer a supremacia da Lei Federal.⁶

Na verdade, o recurso especial surgiu da divisão da matéria arguida em nível de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. O controle da aplicação das normas constitucionais ficou a cargo desta Corte Extrema, por meio do recurso extraordinário, enquanto coube ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso especial, proteger a integridade da interpretação do direito infraconstitucional. Criou-se, assim, a partir da reforma constitucional de 1998, uma dicotomia, dividindo a matéria constitucional daquela afeta à legislação federal.

Como anteriormente dito, essa divisão veio com o objetivo claro de desafogar o Supremo Tribunal Federal de não menos importante função de analisar violação à lei federal.

Diante da circunstância de termos *três poderes políticos*, a União, os Estados-Membros e o Município, e de se constituir a legislação federal a mais importante, necessário é que exista um Tribunal para fixar, com atributos de alta qualificação, o entendimento de *lei federal*. É uma Corte de Justiça que proferirá, dentro do âmbito das questões federais legais, decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do País e a compreensão do Direito *federal*.⁷

Neste eito, o recurso especial tem como objetivo uniformizar a jurisprudência nacional, e conseqüentemente acaba por conferir um papel importantíssimo ao Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional.

Exatamente em função do papel uniformizador que a Egrégia Corte Superior exerce que o recurso especial tem o seu cabimento em situações quando, ocorrer violação à lei federal ou quando houver divergência jurisprudencial.

6 NERY Junior, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, p. 372.

7 ALVIM, Arruda. *O antigo recurso extraordinário e o recurso especial*. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*, p. 155.

Para efeito de cabimento/interposição de recurso especial, hoje, entende-se que o termo ofender a lei ou negar-lhe vigência é equivalente, em outras palavras, em lato sensu, ambos representam que a aplicação da lei foi diversa da esperada.

Há muito, doutrina e jurisprudência procuram fixar o exato significado do verbo '*contrariar*' e da cláusula '*negar vigência*', insertos nos vários textos constitucionais pátrios. No entanto, após o advento da Constituição de 1998, o assunto perdeu relevância, pelo menos sob o aspecto prática. É que o recurso especial serve tanto para suscitar contrariedade à lei federal quanto para alegar negativa de vigência a ela.

Assim, pelo menos no plano prático, a discussão acerca da maior amplitude do verbo '*contrariar*' em relação à cláusula '*negar vigência*' perdeu muito de sua importância, já que a Constituição vigente admite o recurso especial para suscitar ambos os vícios.⁸

É de se observar que o recurso especial gera a reapreciação da decisão proferida em dimensão estrita, ou seja, examinam-se apenas aspectos exclusivamente jurídicos da decisão recorrida, sendo vedada nova análise das matérias de prova.

O Recurso Especial não deve assumir o papel de uma mera apelação, ou seja, ele não deve ser utilizado como um mecanismo de irresignação ao resultado de julgamento proferido em sede recursal pelos Tribunais de Segunda Instância.

Entende-se por Lei federal não só a norma emanada da atividade legislativa do Congresso, abrange também o que se chama de Direito Federal objetivo, ou seja, compreende a lei formal e qualquer outro ato normativo do Direito Federal, exemplificativamente: “ a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal”.⁹

Assim, não pode ser objeto de recurso especial ofensa ou divergência jurisprudencial relativamente à lei estadual, à lei municipal ou ao direito local.

De outro lado, entende-se por divergência jurisprudencial, quando dois ou mais tribunais decidem de forma antagônica em relação à mesma questão jurídica.

8 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 700.

9 DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 299.

Não se pode interpor recurso especial quando se tratar de decisões conflitantes entre órgãos do mesmo Tribunal.

Importante ressaltar, que não se trata de um recurso de terceiro grau de jurisdição, pois não basta apenas a sucumbência de uma das partes para legitimar a interposição dessa impugnação. Outros requisitos, a serem ainda, demonstrados, também são necessários.

Nesse mister de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere-se uma outra função do STJ: *uniformizar* a jurisprudência nacional. Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o princípio da segurança jurídica. Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão impugnada e elemento de *uniformização* da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma.

Tudo isso significa que o STJ desempenha uma função paradigmática, na medida em que suas decisões servem de exemplo a ser seguido pelos demais tribunais, com o que se obtém a *uniformização* da jurisprudência nacional.¹⁰

O pressuposto constitucional para se aviar o recurso especial é a decisão ser de única ou última instância proferida por Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Nesse sentido, aliás, o Enunciado de Súmula nº 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau de Juizados Especiais”.

Como já mencionado, o dispositivo permissivo constitucional faz referência à decisão final do colegiado desses Tribunais, assim, também, não basta, para tanto, a decisão monocrática proferida pelo relator de um recurso, ou seja, só cabe recurso especial de acórdão, causa decidida e julgada por um dos Tribunais de Apelação do País.

“Os recursos extraordinário e especial têm como pressuposto de cabimento o esgotamento das vias ordinárias. Sendo cabíveis, ainda, recursos ordinários, eles

10 DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 296.

é que deverão ser interpostos primeiramente, e não diretamente os excepcionais”.¹¹

Nesse mesmo sentido é o Enunciado de Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal, vejamos: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário de decisão impugnada”.

Mister afirmar que, na expressão “causas decididas” não se inclui a possibilidade de atacar decisões proferidas em procedimentos que não tem natureza jurisdicional, como o caso de decisão sobre o pagamento de precatórios.¹²

De outro lado, há previsão expressa do cabimento deste recurso extraordinário de acórdãos proferidos em agravo de instrumento.¹³

Por derradeiro, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 542, § 3º, prevê a possibilidade da interposição de recurso especial contra decisão interlocutória, sendo, neste caso, apresentado em forma retida, e posteriormente reiterado para julgamento.

Também é necessário comprovar que não ocorrerá o revolvimento de matéria fática, ou seja, o recurso especial só se presta a julgar matéria de direito, *quaestio juris*, sendo inviável a reanálise de provas. Outro não é o comando expresso do Enunciado de Súmula nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

A questão suscetível de ensejar a interposição de recurso especial não deve se tratar de questão de fato, mas, sim de questão jurídica.

É de se observar que, o tratamento é diverso quando se trata da necessidade de valoração da prova. Na verdade, a reavaliação da prova insere-se no contexto da questão de direito, capaz, dessa forma, de propiciar a admissão do

11 MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p.216.

12 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 311: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”.

13 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 86: “ Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

apelo extremo.

Mister se faz, ainda, para a interposição desse recurso, a demonstração de que ocorrera o prequestionamento. Entende-se, esse como a necessidade da questão de direito federal ter sido obrigatoriamente decidida, ou, por outras palavras, que a parte desde o momento inicial da demanda tenha se insurgido sobre esta matéria e o Tribunal *a quo* tenha enfrentado e efetivamente resolvido a questão federal.

Nesse eito, vejamos o ensinamento do Ministro Eduardo Ribeiro sobre esse assunto:

A exigência decorre necessariamente da natureza do recurso. Destinando-se a controlar a correta aplicação do direito, mister que a pertinente questão jurídica haja sido objeto do exame. Se da *quaestio juris* não se cogitou, apenas no especial, sendo suscitada, não se pode afirmar que o direito haja sido infringido.¹⁴

Reporta-se, historicamente, que originariamente a expressão prequestionamento dizia respeito à atividade das partes, mas que, hoje, passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão constitucional ou federal. O prequestionamento da reflexão seria consequência da atividade das partes ao longo do processo, e que, caso, assim não o fosse, a decisão seria passível de embargos de declaração.¹⁵

Nesses termos, Arruda Alvim traz uma atenuação à necessidade da insurreição da parte quanto à matéria federal, caso ela reste decidida pelo Tribunal.

É certo que não se deve confundir prequestionamento com imprescindível postulação pela parte, a respeito de uma dada questão federal, como já se acentou. A questão, conquanto não haja sido postulada, poderá resultar decidida no acórdão, e, portanto, para fins de ser recorrida, existe dado equivalente ao prequestionamento.¹⁶

14 *Recurso especial*. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*, p. 185.

15 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 222.

16 *O antigo recurso extraordinário e o recurso especial*. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*, p. 151.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta muito rigor ao analisar esta questão, tendo inclusive, sido objeto de análise na criação do Enunciado de Súmula nº 211, *verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Há também, diversos acórdãos da Corte Superior de Justiça não conhecendo de recurso especial, ante a presença do chamado “prequestionamento ficto”. Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça só aceita que o recurso está prequestionado quando a matéria realmente, foi decidida pelo tribunal *a quo*, não bastando, para tanto, a mera interposição de embargos declaratórios, para efeito de prequestionamento.¹⁷

Apenas para abrilhantar a discussão, há de se informar que o Pretório Excelso entende de forma diversa; exige-se que a questão tenha sido amplamente levada a debate pela parte, ainda que a matéria não tenha sido decidida. Assim, para efeitos de prequestionamento, para o conhecimento do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal aceita a interposição dos embargos de declaração apenas para efeito de prequestionamento.¹⁸

17 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Recurso especial. Ilegitimidade passiva. Emenda à inicial. Extinção do processo sem resolução de mérito. Prequestionamento. Dissídio jurisprudencial. Não comprovação. Honorários advocatícios. Cabimento. - A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. - O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. - Reconhecida a ilegitimidade passiva, deve ser imposto o pagamento de honorários advocatícios à parte que deu causa ao chamamento indevido para integrar a lide. Precedentes. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido. (REsp 936.852/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, Dje 18/11/2009)

18 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inoportunidade, na espécie, de prejuízo do extraordinário pelo não conhecimento ou negativa de seguimento do especial. II. Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo. Precedente (RE 210.638, DJ 19.6.98, Pertence). III. ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para "vídeo-cassete" gravadas em série. Tal como sucede com relação a programas de computador ou software (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral - e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria -, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos municípios. Se há de fato, comercialização de filmes para "vídeo-cassete", não se caracteriza, para fins de incidência do ISS a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público

Tratando se de interposição de recurso especial com fundamento na letra c do inciso III do art. 105 da Constituição federal, necessário que se demonstre que tribunais diversos decidem a mesma questão de contrariedade à lei federal de forma diversa.

Deve-se comprovar a divergência demonstrando que o acórdão recorrido está dissentindo do acórdão paradigma. É necessário realizar a demonstração analítica da divergência, com comparação de trechos da decisão recorrida e das decisões divergentes, que adotem soluções díspares a situações idênticas.

Tal comprovação pode ser feita de diversas formas, seja por certidão, cópia autenticada ou citação de repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive por meio de mídia eletrônica.

Demonstrada a diferença, como já dito, é necessário que se faça o chamado cotejo ou confronto analítico entre o julgado recorrido e o acórdão paradigma. Mister ressaltar, que não é suficiente apenas a transcrição de ementas.

Enfim, deve-se demonstrar que os acórdãos – tanto o recorrido como o paradigma – versam sobre casos que tenham a mesma base fática, ou seja, que trataram de caso bastante semelhante e que, por outro lado, adotaram teses jurídicas opostas.¹⁹

Por derradeiro, entende-se, hoje, que sendo a divergência jurisprudencial notória é de se esperar menor rigidez nos pressupostos para interposição do recurso especial.

Nesse mesmo sentido, seria suficiente a mera citação da súmula contrariada.

Por fim, diante de dissenso jurisprudencial notório, as exigências formais referentes ao recurso especial pela alínea “c” devem ser mitigadas, com a incidência do princípio da instrumentalidade das formas consagrado nos artigos 154, 244 e 250 do Código de Processo Civil, bem assim por força do artigo 334, inciso I, do mesmo diploma. Aliás, se a matéria jurídica estiver consolidado em enunciado de Súmula do Tribunal, basta a mera indicação

consumidor. (RE 191454, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em //, DJ 08-06-1999 PP-00046 EMENT VOL-01957-04 PP-00824)
19 DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, p.302.

do respectivo número, na esteira do artigo 124 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: 'A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido'. Na eventualidade de enunciado da Súmula da Corte Suprema, também basta a simples indicação do número do respectivo verbete. É o que revela o § 4º do artigo 102 do Regimento Interno de 1980'.²⁰

Assim, o recurso especial se mostra como o meio hábil a cassar ou reformar a decisão dos Tribunais de Segunda Instância quando há violação da lei federal, ou contrariedade de interpretação em sua aplicação.

I. 1. 3. Recurso especial repetitivo

A finalidade de tal instituto é garantir a uniformidade de decisões proferidas, permitindo uma maior e mais ágil consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca de certos temas, em tese, repetitivos.

Em verdade, busca-se uma pronta solução para uma causa (questão jurídica) representativa de outras inúmeras, que ainda, poderiam ser submetidas a julgamento individualmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para que haja incidência do previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, é necessário que se comprove a multiplicidade de recursos sobre um mesmo tema jurídico. Assim, dentro de um universo abrangente de processos com a mesma matéria de direito arguida, escolhe-se um ou alguns para que sejam julgados cuidadosamente como recursos representativos da controvérsia.

Tereza Wambier nos demonstra, claramente, como deve ser feita a escolha dos recursos paradigmas.

²⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 706.

O discrímen empregado pela norma não leva em conta critérios como a quantidade de litisconsórcio, a natureza individual ou coletiva da ação etc. Importa apenas, que os recursos escolhidos sejam efetivamente representativos da controvérsia. Os recursos que serão selecionados e encaminhados ao STJ deverão conter de modo completo, todos os fundamentos necessários à compreensão integral da questão de direito.

Os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. É importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável e contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista.²¹

Como se pode observar o recurso escolhido deve ser aquele que representa o maior número e maior extensão de matérias em debate. Mencione-se, nessa diapasão, outro estudo acerca do recurso escolhido por amostragem:

A identificação do recurso representativo, também denominado de 'recurso piloto', no dizer do Ministro Athos Gusmão Carneiro (2008, p. 84), ou 'caso-piloto', para a Profa. Ada Pelegrini Grinover (2008, p.33), observa dois aspectos, um meramente quantitativo e outro de ordem qualitativa.

O primeiro aspecto, quantitativo, diz respeito à necessidade de a questão de direito repetir-se em número elevado de demandas. Essa avaliação da pleora de recursos especiais acerca de determinada matéria deve considerar os recursos já existentes e, de acordo com informações prestadas pelas instâncias ordinárias, também o número de processos que porventura possam ensejar a interposição de recurso especial.²²

Assim, configurada a multiplicidade de recursos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica, o Presidente do Tribunal *a quo* ou mesmo o próprio Ministro Relator, tratando-se de processos que já se encontravam no Superior Tribunal de Justiça, decide qual o recurso será considerado paradigma, ou seja, o melhor recurso que representa a matéria controversa, e como consequência automática suspende a tramitação dos demais recursos que tratam do mesmo tema.

Uma vez identificada a questão como matéria plúrima e afetado determinado recurso para ser julgado como paradigma, os demais recursos especiais que não forem sobrestados na origem serão a ele distribuído por dependência, formando, ao

21 *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, p. 307.

22 SERAU Junior, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*, p. 53.

final, um julgamento por bloco.

Nesse momento, há de se fazer um parêntese para melhor entendimento da possibilidade do tanto do Presidente do Tribunal *a quo* fazer a seleção, quanto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Essa dupla competência para afetação do recurso como representativo de controvérsia origina-se de duas causas distintas. Inicialmente, há que se informar que a Lei nº 11.672, de 2008, não obriga que o Presidente dos Tribunais de Segunda Instância façam essa escolha.

Outro motivo é o fato da vigência de leis que tratem sobre matéria processual. Em regra, aplica-se a lei que vigorava à época, em que, a sentença fora proferida. Ocorre que, a própria lei já citada, em seu art. 2º, trouxe disposição expressa de sua aplicação à recursos anteriormente interpostos. Assim, vários recursos que já se encontravam em fase de processamento no Superior Tribunal de Justiça tiveram o seu procedimento alterado com o objetivo de se aplicar as novas regras processuais no que tange à matérias repetidas.

Assim, feita essa ressalva, voltemos ao procedimento já naquela Corte Superior, afetado o processo pelo Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça, esse poderá solicitar, no prazo de 15 dias, nos termos do art. 543 – C, § 3º, do Código de Processo Civil, aos Tribunais Regionais Federais ou aos Tribunais de Justiça Estaduais, informações acerca da controvérsia.

O § 4º do artigo supracitado, prevê nos mesmos termos do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a possibilidade de terceiros, interessados (pessoas, órgãos ou entidades) na controvérsia, manifestem-se sobre a discussão.

Assim, além da própria parte se manifestar nos termos do processo civil “comum”, busca-se uma ampla discussão jurídica no bojo do processo tido como repetitivo.

Diante da possibilidade dessa manifestação de terceiros, alguns doutrinadores vêm defendendo a hipótese de mitigação do princípio do contraditório.

...pode-se sustentar a existência daquilo que se tem chamado de “contraditório institucionalizado” ou, então, “contraditório presumido”, que seria uma forma de concretização do referido princípio em parâmetros próximos daqueles em que fora tradicionalmente concebido, embora com uma roupagem mais adequada às demandas e soluções de massa.²³

De outro lado, outros doutrinadores sustentam, que, antes de se julgar o processo tido como precedente, deve-se viabilizar a maior discussão possível do assunto.

Neste eito, tanto no recurso extraordinário quanto no recurso especial busca-se a maior abrangência no debate da causa tida como de repercussão geral ou representativa de idêntica controvérsia jurídica, respectivamente.

Desta forma, *mutatis mutandis*, podemos utilizar trecho do artigo de Cleide Kazmierski ao tratar da polêmica quanto à contenda do recurso extraordinário.

Como o processo é também instrumento de participação política, a lei poderá prever uma forma de *participação pública* em todo o processo que envolve a decisão sobre *repercussão geral*. E assim deveria ser já que o que se visa com este instituto é submeter ao STF apenas questões constitucionais que transcendem a individualidade ou o caso concreto para atingir a opinião pública. Esta circunstância, por si só, parece exigir a disciplina de vias de participação política-popular, a exemplo do que o ocorre no controle concentrado da constitucionalidade (Lei nº 9.868/99), que recepcionou a figura do *amicus curiae* (amigo da Corte), capaz de fazer do processo, também, via de manifestação política, dentre outras situações.²⁴

Ademais, na esteira do quanto exposto, a discussão política-pública deve ser entendida como o maior debate possível da matéria, seja pela intervenção oficial do *amicus curiae* ou do Ministério Público, ou de terceiros interessados na questão jurídica debatida.

Entendemos nós, além disso, que se encontra na definição de ‘terceiro’, na hipótese descrita nos referidos dispositivos legais, também as partes em cujo processo houve recurso que teve sua tramitação sobrestada. É que podem aqueles que são parte no processo em que há recurso sobrestado ter outros argumentos que justifiquem o acolhimento ou a rejeição da tese veiculada, argumentos estes não levados em consideração nos recursos

23 DONOSO, Denis. *Um novo princípio contraditório*. In Revista Dialéctica de Direito Processual nº 73, p.27.

24 *Emenda Constitucional 45/04 (CF, art. 102, §3º)*. In: A Reforma do Poder Judiciário, p. 113.

escolhidos e nas respectivas contra-razões.²⁵

A participação do Ministério Público se justifica, nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil, pelo evidente interesse público, seja pela lide ou pela qualidade da parte.

Assim, transcorrido o prazo para todas as manifestações previstas, providencia-se o encaminhamento do relatório aos demais ministros e procede-se à marcação do julgamento.

Insta observar que o recurso repetitivo deve ser julgado com preferência perante os outros processos, à exceção de processos que envolvam réus presos ou *habeas corpus*.

Decidida a matéria naquele processo tido como representativo da controvérsia, surgem duas opções procedimentais a serem adotadas:

art. 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.

Caso o acórdão do recurso especial sobrestado, que divergia do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso tido como representativo, seja mantido, o §8º, do art. 543 – C, do Código de Processo Civil prevê que se deve, então, proceder ao exame de admissibilidade do recurso.

Como se pode verificar, não há obrigatoriedade na adoção pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais do posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Claro, que, esse entendimento acaba sendo aplicado de forma

25 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*, p. 236.

reiterada, seja pelos próprios tribunais que se resignam à hierarquia, ou pelo próprio Tribunal Superior que, ao julgar o recurso especial daquele processo, acaba, por si só, aplicando o entendimento anterior.

Assim, o recurso repetitivo, como já acontecia com os próprios julgados do Superior Tribunal de Justiça ou com os Enunciados de Súmula daquela Corte não vinculam, mas acabam exercendo uma forte persuasão aos Juízos de Primeira e Segunda instância.

I. 2. Desistência do recurso

O direito de desistência do recurso é considerado como um direito subjetivo da parte.

Neste eito, mister definir o que se entende por direito subjetivo e quais os meios pelo qual ocorre a sua consolidação, de acordo com os ensinamentos do Ilustre jurista Pietro Perlingiere: “O direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito”.²⁶

Importante ressaltar, que o ordenamento jurídico, hoje, entende que para todo exercício de direito há de se garantir, em verdade, um interesse juridicamente tutelado, ou seja, toda situação subjetiva acaba sendo composta tanto de deveres, obrigações e ônus. Há limitações intrínsecas à esses direitos, como por exemplo, a ordem pública, a boa fé, as cláusulas gerais e outros tantos.

Já o direito potestativo, deve ser entendido como uma espécie de vicissitude do direito subjetivo, também chamado de direito discricionário ou formativo. Tem-se,

²⁶ *Perfis do direito civil*, p. 121.

nas palavras do ilustre jurista Perlingieri, como a possibilidade do:

titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder.²⁷

Explica, ainda, o renomado civilista italiano que:

A categoria foi elaborada pela doutrina que individuou uma série de hipóteses nas quais um sujeito tem o poder, com sua unilateral manifestação de vontade, de constituir, modificar ou extinguir uma situação na qual não é o único materialmente interessado.²⁸

Assim, que, nos termos já explicitados, o nosso direito processual civil garante que o direito de desistir do recurso é potestativo, podendo ser exercido pelo seu titular independentemente da vontade da outra parte, ou até mesmo, da Justiça.

Insta salientar que nem mesmo o fato do direito material ser tido como indisponível gera a obrigatoriedade da parte recorrer da decisão que lhe fora desfavorável ou até mesmo a obrigação de continuar o julgamento do recurso anteriormente interposto.

Recorrer da decisão desfavorável à parte é um ônus processual, advindo do direito de irresignação, no caso de se afastar um gravame, em outras palavras, é imperativo da vontade da parte não podendo ser entendido como uma obrigação.

Nesse contexto, vale ressaltar o ensinamento de Frederico Marques:

É o recurso um ônus processual, pois, se o vencido não interpuser, consolidam-se e se tornam definitivos os efeitos da sucumbência. Por ser um recurso um ônus, não se forma o procedimento recursal sem que o vencido, nos limites do que permite a sucumbência, peça o reexame da decisão. Trata-se, pois, de um imperativo que a ordem processual estabelece no interesse de quem saiu derrotado, parcial ou totalmente, no julgamento da causa ou de algum incidente do processo. Não exercida a faculdade de recorrer, o vencido perde a oportunidade de evitar que a decisão, que lhe foi desfavorável, adquira efeitos imutáveis. Como em todo ônus, também no recurso é de levar-se em consideração o resultado prejudicial que possa advir da inércia, ou, particularizando, do não exercício

²⁷ *Id. ibid*, p. 123.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, p. 124.

do direito de recorrer.²⁹

Como já explicado o direito de recorrer é assegurado no sentido de proporcionar, da melhor forma possível, uma estabilização em relações jurídicas controvertidas. Nesse sentido, vejamos, mais uma vez, os valorosos estudos de Seabra Fagundes:

O interesse público fundamental está em pôr termo às situações contenciosas, o que se obtém pelo instituto da coisa julgada e não com o duplo pronunciamento do órgão judicante.

Certo, o minucioso estudo da controvérsia, mediante a pluralidade de jurisdições, interessa igualmente o Estado, pois acarreta maior segurança à prestação jurisdicional. Mas, enquanto para o indivíduo o interesse precípua é sempre o de conseguir uma sentença justa, mediante o exame exaustivo da sua pretensão, sob o ponto de vista do Estado superpõe-se ao interesse de segurança da prestação jurisdicional o de obter o trancamento do litígio (através da coisa julgada).

O sistema dos recursos concilia êsses interesses com deixar a utilização dos meios de impugnação das sentenças ao critério das partes.³⁰

Ademais, a doutrina diferencia requisitos de admissibilidade recursal como positivos e negativos. Para que o recurso seja julgado ele precisa preencher vários pressupostos, sejam eles para interposição, quanto para o processamento em si.

A ocorrência de algum dos fatos que ensejam a extinção ou impedem o poder de recorrer faz com que o recurso eventualmente interposto não seja conhecido, proferindo-se, portanto, juízo de admissibilidade negativos. Estes fatores nada têm a ver com a decisão que se pretende impugnar em si mesma considerada, razão pela qual colocamos a existência deles como requisito extrínseco de admissibilidade de recursos.³¹

Bernardo Pimentel explica sobre a necessidade da inexistência de fatos extintivos:

O requisito de admissibilidade da inexistência de fatos extintivos e impeditivos consiste na exigência de que não tenha ocorrido nenhum fato que conduza à extinção do direito de recorrer ou que impeça a admissibilidade do recurso. Trata-se, a rigor, de requisito de admissibilidade

29 *Instituições de direito processual civil*, p. 20.

30 *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 198.

31 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais*, p. 99.

de cunho negativo. Aliás, é o único, já que os demais pressupostos recursais são de natureza positiva (por exemplo, o recurso precisa ser cabível, o recorrente necessita ter legitimidade e interesse) para a prolação de juízo positivo de admissibilidade. Ao revés, em relação ao requisito da inexistência, como a própria denominação revela, a ausência de fatos extintivos e impeditivos é essencial para a prolação do juízo positivo de admissibilidade.³²

Assim, há que se entender que a desistência do recurso é um tipo de pressuposto impeditivo, enquanto a renúncia ao direito de recorrer mostra-se como fato extintivo do direito ao recurso.

Nesse eito, importante traçar alguns aspectos que distinguem o direito de renúncia e da desistência do recurso.

O direito à desistência do recurso pressupõe, logicamente, a consumação do direito de recorrer, em outras palavras, a parte já exerceu o direito à interposição da irressignação.

Já a renúncia ao direito de recorrer precede à efetiva insurreição recursal, ou seja, pressupõe ausência de interposição.

De outro lado, como ensina Nelson Nery a renúncia ao recurso não se confunde com a renúncia ao direito material discutido em juízo. A figura de que tratamos, tem como objeto o exercício do direito de recorrer e não a *res judicium deducta*.³³

Nessa pesquisa, ressaltaremos apenas às questões afetas à desistência do recurso, ante a importância para o tema principal.

A desistência é o ato pelo qual o recorrente abre mão do recurso interposto, demonstra o desinteresse em relação ao inconformismo manifestado em momento anterior. O art. 501 do Código revela que a desistência pressupõe a existência de recurso já interposto. O que distingue a desistência da renúncia é exatamente a existência de recurso interposto. A renúncia alcança o próprio direito de recorrer, o qual ainda não foi consumado com a interposição do inconformismo.³⁴

32 *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 52.

33 *Princípios fundamentais*, p. 99.

34 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 56.

Vejamos o conceito de desistência trazido por Fredie Didier: “O recurso é uma demanda e, nessa qualidade, pode ser revogada pelo recorrente. A revogação do recurso chama-se desistência. A desistência do recurso pode ser parcial ou total, e pode ocorrer até o início do julgamento”.³⁵ E ainda continua: “A desistência é conduta determinante (determina resultado desfavorável a quem a pratica) e, como tal, somente produz efeitos em relação ao recorrente”.

Nesse mesmo sentido, vale citar o conceito trazido por Moacyr Amaral: “Trata-se de ato unilateral de vontade do recorrente, ainda que tomado em relação processual da qual participe em litisconsórcio com outros”.³⁶

Mister fazer a diferenciação, também do direito de desistir do processo à prerrogativa de desistir do recurso. Inicialmente, vale dizer, que alguns princípios da desistência do processo podem ser usados para o recurso. Todavia, não se pode deixar de demonstrar as suas diferenças.

A desistência do processo extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, CPC); a desistência do recurso pode implicar extinção do processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, a depender do conteúdo da decisão recorrida, como também pode não implicar a extinção do processo. A desistência do processo precisa ser homologada pelo magistrado (art. 1589, par. ún., CPC), o que não acontece na desistência do recurso. A desistência do processo depende do consentimento do réu, se já houve resposta (art. 267, §4º, do CPC); na desistência do recurso, o consentimento é dispensado (art. 501 do CPC).³⁷

A desistência do recurso prescinde da aceitação da parte adversa, uma vez que, não há como acarretar prejuízo a esta. Em outras palavras, a desistência do recurso por parte do recorrente quase sempre beneficiará o recorrido, já que ocorrerá a coisa julgada imediatamente, desta forma, o exercício do direito de desistência pela parte sucumbente não gera prejuízo à parte, razão pela qual ela não precisa se pronunciar sobre o feito.

Vale lembrar que o princípio da disponibilidade da demanda sofre algumas

35 *Curso de direito processual civil*, p. 38.

36 *Primeiras Linhas de direito processual civil*, p. 99.

37 DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil*, p. 39.

atenuações, apenas quando o direito material discutido nos autos versa sobre direito indisponível, ou seja, onde deve prevalecer o interesse público, sobre o privado. O que não seria o caso da desistência de recurso.

A desistência, como observa Pontes de Miranda, é um ato unilateral:

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.³⁸

Ressalte-se que por ser ato unilateral de vontade, a desistência deverá se dar de forma expressa e clara, sem apresentar condições. Assim, por se tratar de forma extintiva de direito, a interpretação que se deve fazer a esse ato é sempre restritiva, não se podendo presumi-la.

Como curial, uma vez exercido o direito de renunciar ou desistir do recurso já interposto, esse ato passa a ser irrevogável.

Seabra Fagundes ainda explica: “A desistência independe de termo. Mas só se consuma, isto é, só se integra como ato processual, produzindo os seus efeitos peculiares, quando a vontade de desistir seja expressa pela parte e homologada pelo juiz, ainda que tácitamente”.³⁹

Nesse eito, cite-se, ainda, trecho de ensinamento de Moacyr Amaral:

O fato de sua apresentação produz de imediato os seguintes efeitos principais: a) extingue o procedimento recursal em relação ao desistente; b) ainda em relação a este, transita em julgado o ato decisório recorrido; c) se a desistência for no tocante ao recurso principal, insubsistente se torna o recurso adesivo respectivo; d) as despesas do recurso correm por conta do desistente.⁴⁰

Desta forma, como truísmo, é direito potestativo da parte recorrente desistir do seu recurso interposto, sem sofrer quaisquer embaraços para a realização desse

38 *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 789.

39 *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 202.

40 *Primeiras linhas de direito processual civil*, p.100.

direito.

Cabe ainda, mais uma vez, ressaltar que este direito está previsto expressamente no art. 503 do Código de Processo Civil. Diante desse fato, é que se tem a importância da matéria ora debatida.

I. 3. Da possibilidade de desistência dos recursos extraordinários.

I. 3. 1. A opção do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de desistência do recurso especial repetitivo

O Superior Tribunal de Justiça, conforme será ainda adiante detalhado, optou por, após longa e árdua discussão, negar o direito da parte de desistir do recurso anteriormente interposto.

No julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343/RS, muito se discutiu sobre a possibilidade de coadunar princípios e permitir que à parte fosse garantido o seu direito de desistência do recurso, ao mesmo tempo que se imaginou a possibilidade de que a matéria em tese fosse discutida, a fim de também, atender o interesse coletivo visado pelo criação do procedimento.

Esta opção não foi aceita, sob o argumento de ser vedado ao Superior Tribunal de Justiça a análise de argumento em abstrato.

Assim, rejeitado o pedido de desistência oferecido pela parte, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça julgaram a causa.

I. 3 . 2 . A análise do pedido de desistência do recurso extraordinário reconhecido como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal

Diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal vem optando por solução diversa, (cite-se o RE nº 567.948/RS), o que a nosso ver, parece, de certa forma, mais apropriado com os ditames do ordenamento jurídico, conforme se demonstrará a seguir.

Não obstante o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal refugir ao tema tratado neste estudo, é de se observar, diante de todo arcabouço jurídico institucional, *mutatis mutandis*, o poder de argumentação trazido quando se demonstra em que sentido a Corte Suprema brasileira se posiciona em situações análogas.

Como curial, o instituto da exigência da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário foi acrescentado pela Emenda nº 45, de 2004, com o mesmo intuito da criação dos recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese, a repercussão geral ser aplicada ao recurso extraordinário, cabível a presente análise, ante a semelhança dos presentes institutos como já anteriormente abordado.

A repercussão geral, no âmbito do recurso extraordinário, e o recurso repetitivo, em análise no recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, vieram como consequência lógica da busca de uma maior celeridade na prestação jurisdicional. Ambos têm como fundamento a criação da relevância da causa a ser julgada pelos tribunais superiores ante o grande número de recursos. Assim, há que se perceber que, em qualquer dos campos de análise, os dois novos institutos se prestam, ressalvadas as peculiaridades, ao mesmo papel, qual seja, a possibilidade

de que os Tribunais Superiores sejam provocados apenas para decidirem causas complexas que gerem efeitos “transdimensionais”, ou seja, além dos efeitos para as próprias partes.

Em outras palavras, cabe aos tribunais extraordinários – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal - apenas a discussão de matérias que apresentem, de alguma forma, uma certa importância para a sociedade como um todo, não se prendendo apenas á discussão trazida pelas partes aos autos do processo.

Assim, como já dissemos, ambos foram criados com o objetivo específico e bem claro no sentido de efetivar a prestação jurisdicional até então entregue de maneira pouco eficaz em razão da demora no julgamento do processo.

Desta forma, demonstrada a importância e a semelhança principiológica entre os procedimentos exigidos para os julgamentos dos recursos extraordinários, acrescentados pelas Leis nº 11.418, e nº 11.672, ambas de 2006, respectivamente, mostra-se adequado verificar qual foi a opção adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando foi provocado a se manifestar sobre o pedido de desistência em recurso extraordinário, anteriormente reconhecido como de repercussão geral.

Ao pálio do já fundamentado, a Corte Suprema, sem qualquer alarde ou discussão, em questão análoga à aqui discutida, nos autos do Recurso Extraordinário nº 567.948/RS, homologou o pedido de desistência feito pela parte COPERSUCAR – Cooperativa de produtores de Cana-de-açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo.

No caso em comento, já havia decisão pela própria Corte reconhecendo a repercussão geral deste recurso extraordinário.

É de se observar que esta questão foi inclusive alvo de pronunciamento específico quando da homologação da desistência. Vejamos trecho de decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio: “Ante o disposto no Regimento Interno desta Corte, homologo o pedido de desistência do recurso para que produza os

efeitos legais. Insiram a notícia no sistema, considerado o prejuízo da repercussão geral".⁴¹

Insta ressaltar, que apesar desta decisão ter sido proferida monocraticamente, este precedente já foi usado por diversos outros Ministros em julgamentos análogos.

Nesse eito, dúvidas não restam de que o Supremo Tribunal Federal não adentrou na discussão ventilada pelo Superior Tribunal de Justiça, restringindo-se, apenas, a homologar a desistência formulada e substituir o processo havido como de repercussão geral.

Diante de tudo até agora exposto, há de se reconhecer que foi uma boa opção a escolhida pela Corte Suprema. No caso específico o Supremo Tribunal Federal conseguiu aplicar as duas normas, em tese, conflitantes, ao garantir à parte o direito de desistência do recurso, no mesmo momento, em que simplesmente mandou afetar novo recurso que trata sobre a mesma matéria daquele recurso anteriormente escolhido.

Isto ocorreu sem criar qualquer alvoroço pela dificuldade procedimental de alteração do recurso tido como paradigmático.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE Nº 567.948/RS. EMENTA:(.....) Relator: Ministro Marco Aurélio, DF, DJ de 21 de maio de 2008.

PARTE II. ESTUDO DE CASO

II. 1. Estudo de precedente: O julgamento do Superior Tribunal de Justiça

À vista de todo exposto, a desistência do recurso especial tido como representativo da controvérsia não seria alvo de tamanha discussão jurídica, conquanto assegurado o direito potestativo da parte de desistir de seu recurso.

Ocorre que essa discussão tornou-se acalorosa diante da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a Questão de Ordem no Resp nº 1.063.343/RS, não acatando o pedido da parte recorrente de desistência do recurso.

Essa contenda tomou maiores proporções, ainda, ao ser decidida de forma antagônica pelo Supremo Tribunal Federal, que em análise de matéria análoga, ou seja a desistência de recurso extraordinário tido como de repercussão geral, simplesmente, por decisão monocrática do relator, acatou o pedido e por mero despacho submeteu novo recurso ao procedimento previsto para reconhecimento de repercussão geral, o que se coaduna com a legislação processual brasileira, se mostrando como uma boa opção para harmonização dos preceitos garantidos .

Assim, demonstrado o marco teórico que iluminará a análise do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, segue-se o estudo do precedente com a demonstração das razões que levaram a sua escolha, dos fatos e dispositivos normativos envolvidos, das argumentações levantadas pelas partes.

II. 1. 1. RESP 1.063.343/RS. Recurso especial repetitivo selecionado pelo Superior Tribunal de Justiça

Após a verificação da importância do tema frente à negativa do exercício do direito de desistir do recurso, dúvidas não restaram no sentido de escolher o próprio caso para se discutir o problema.

Em verdade, há que se ressaltar, a inversão da ordem dos fatos aqui. O estudo dogmático do direito de desistir do recurso só veio a tornar-se importante, diante do julgamento proferido em sede de Questão de Ordem do recurso acima descrito, frente ao resultado do julgamento que negou um direito sempre garantido aos litigantes.

II. 1. 2. A descrição do caso: aspectos fáticos e dispositivos normativos envolvidos

O recurso especial foi interposto por Banco Volkswagen S/a, tendo como recorrida Luciana Maluche, com o objetivo de discutir acerca da legalidade da cláusula que prevê a cobrança de comissão de permanência, em contratos bancários, no caso de atraso no cumprimento das parcelas acordadas.

O recurso fora distribuído para a Ministra Nancy Andrichi. Analisando os autos, e diante da importância/repercussão da matéria de direito debatida, a Ministra, por decisão publicada em 24 de outubro de 2008, seguindo o procedimento previsto na Resolução nº 8/2008, combinado com o art. 543 – C do Código de Processo Civil, afetou o Recurso Especial nº 1.063.343/RS para julgamento pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Em 19 de novembro de 2008 foi publicada pauta prevendo o julgamento do recurso em 26 daquele mesmo mês.

Dois dias após a inclusão para julgamento, fora protocolizada pela parte recorrente uma petição requerendo desistência do recurso interposto. A Segunda Seção, por maioria, diante do pedido, resolveu remeter o processo para ser julgado pela Corte Especial daquele Tribunal diante da questão de ordem presente nos autos.

A petição requerendo a desistência da interpelação, não obstante, segundo a teoria geral do recurso, ser desnecessária a justificativa do pedido, veio fundamentada pela impossibilidade do exercício do direito de ampla defesa e violação ao princípio do contraditório, uma vez que, alegou não ter tido tempo hábil a se inteirar de todas as manifestações colhidas no procedimento.

Em julgamento na Corte Especial, no dia 03 de dezembro, a Ministra Relatora Nancy Andrichi, acompanhada pelos Ministros Laurita e Fux votaram 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”. O Ministro João Otávio Noronha votou pelo deferimento do pedido e o Ministro Nilson Naves pediu vista suspendendo o julgamento da questão de ordem.

Continuando o julgamento em 17 de dezembro daquele mesmo ano, o Ministro Nilson Naves votou no sentido de indeferir o pedido de desistência formulado pela parte, sendo acompanhado pelos Ministros Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido. A Ministra relatora e o Ministro Luiz Fux retificaram o voto no sentido de indeferirem o pedido.

Assim, nesta data, a Corte Especial indeferiu o pedido de desistência, por maioria, restando vencidos, integralmente, o Ministro João Otávio de Noronha e, parcialmente, os Ministros Aldir Passarinho, Francisco Falcão e Laurita Vaz.

II. 1. 3. Identificação da questão discutida

No julgamento em comento, discutiu-se qual deve ser o procedimento a ser adotado em caso de pedido de desistência de recurso especial afetado a julgamento nos ditames do art. 543 – C do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.672, de 2008.

Três teses foram defendidas.

A primeira no sentido de possibilitar a desistência, mas apenas depois de analisada e decidida a questão de direito afetada como repetitiva, no sentido de propor uma solução conciliatória.

A outra no sentido de aceitar a desistência oferecida pela parte, independentemente de levar em consideração ser recurso especial repetitivo.

E a última, foi no sentido de não restar mais possível o pedido de desistência da parte em recurso especial representativo de controvérsia idêntica de direito, a fim de que possa julgar a matéria debatida no caso concreto.

II.1.4. A controvérsia. Discussão sobre os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para indeferir o pedido de desistência

A tese defendida inicialmente pela Ministra Relatora, acompanhada por então, por mais dois votos, era no sentido de que o julgamento do recurso especial deveria prosseguir indiferentemente do pedido de desistência, ou seja, votando o mérito da questão de direito debatida, e posteriormente, somente após o término do

juízo a desistência seria homologada.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi teceu explicações acerca de qual seria o intuito da discussão sobre o aparente conflito entre o art. 501 do Código de Processo Civil e o art. 543 – C do mesmo estatuto jurídico.

Explicitou que, hoje, não apenas com o advento da alteração constitucional trazida pela Emenda nº 45, de 2004, porém com maior ênfase, deve-se garantir ao cidadão uma razoável duração do processo, devendo inclusive as normas infralegais se adequarem no sentido de efetivarem esse direito do cidadão

Neste diapasão, traçou comentários sobre o direito de a parte desistir do recurso interposto. Também se pronunciou sobre o fundamento do recurso especial repetitivo, adentrando, somente depois na conjugação dos valores acima trabalhados.

Nesse sentido, optou por, em respeito ao princípio da proporcionalidade, garantir a efetividade do trâmite, composto de diversos atos processuais, adotado para julgamento do recurso especial tido como representativo de controvérsia, permitindo que a matéria idêntica questão de direito discutida fosse julgada e apenas depois fosse homologado o pedido de desistência.

Em outras palavras a Ministra, inicialmente defendeu que “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”.

Este voto restou acompanhado nesses exatos termos pela Ministra Laurita Vaz e Ministro Luiz Fux.

Resta, a título apenas de curiosidade, salientar que o Ministro Fux mencionou que não obstante a necessidade de preservação do interesse público, as ações civis públicas e as ações que versam sobre direitos transindividuais são passíveis de desistência.

A tese defendida pelo Ministro João Otávio de Noronha é no sentido de ser

direito da parte desistir do recurso em qualquer momento desde que, não tenha se iniciado o julgamento. Para justificar esse entendimento declinou de várias decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, votou pela possibilidade do pedido de desistência independentemente de tratar-se de caso de recurso repetitivo.

O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Nilson Naves.

Na continuação do julgamento, o Ministro Nilson Naves proferiu voto no sentido de indeferir o pedido de desistência. Fundamentou que realmente o direito de desistir é garantido à parte, mas que agora, em consonância aos novos preceitos constitucionais como a simplificação e razoável duração do processo, não há mais que se falar na divisão entre direito público e privado. Assim, a continuação do julgamento de recurso especial tido como repetitivo atende ao chamado direito coletivo.

Quanto à proposta da Ministra Nancy de se atender o pedido de desistência após o julgamento da questão de direito, o Ministro Nilson Naves argumentou, que ao Superior Tribunal de Justiça é vedado a resolução de questões em abstrato, assim, não se poderia julgar uma questão de direito em tese.

Vejamos trecho de seu voto:

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.).

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.⁴²

Dessa forma, como já dito, votou pela impossibilidade da desistência de processo afetado como representativo de questão idêntica de direito.

Nesses exatos termos, foram os votos proferidos pelos Ministros Ari Pargendler e Hamilton Carvalhido.

Vale mencionar trecho do voto do Ministro Ari: “O recurso especial serve para proteger o ordenamento jurídico e o pedido de desistência protege apenas o interesse individual. O tribunal não pode ser obstado pelo interesse da parte”.⁴³

Também, nesse sentido, a Ministra Relatora retificou seu voto, sendo pelo indeferimento do pedido de desistência.

Assim, o pedido de desistência no Recurso Especial nº 1.063.343, julgado por questão de ordem, foi indeferido por maioria, nos termos dos votos acima explicitados.

A título de curiosidade, o mérito da questão foi julgado em 12 de agosto de 2009.

II. 2. Harmonização de normas. Busca de soluções

Tendo em vista, tudo já exposto, há, necessariamente, que se criar uma

42 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. QO RESP 1063.343/RS. EMENTA (...) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DF, DJ de 04 de junho de 2009.

43 Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. QO RESP 1063.343/RS. EMENTA (...) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DF, DJ de 04 de junho de 2009.

forma de resolver esse aparente conflito de normas e interesses. Desta forma, a melhor maneira de agir é determinar, segundo o princípio da ponderação, qual a norma que deve prevalecer no caso concreto.

Em verdade, pode-se também buscar uma forma de combinação de aplicação das regras como meio de garantir uma homogeneidade do sistema.

Como já demonstrado a parte não pede que seja deferido o pedido de desistência, ela apenas manifesta a sua vontade, para que esta produza os efeitos acima elencados.

Por derradeiro, também não se pode afastar a hipótese de que a parte realmente possa a vir precisar da desistência de sua pretensão recursal para que se realize um acordo ou qualquer outro negócio jurídico.

De outro lado, pode-se argumentar, como, aliás, foi a justificativa utilizada no caso do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, que uma vez escolhido como recurso representativo de controvérsia jurídica, o julgamento desse recurso transcenderia o interesse das partes, e que por essa razão deveria prevalecer o interesse do Tribunal de ver aquela tese jurídica decidida.

Ocorre, no entanto, que, a nosso ver, deve prevalecer o entendimento de que o pedido de desistência do recurso não impeça, necessariamente, o Superior Tribunal de Justiça de julgar a questão jurídica repetitiva. Na verdade, deve-se buscar outra forma de se resolver essa questão sem, no entanto, desrespeitar o direito potestativo da parte.

Manifestada a desistência do recurso, este não pode, sob hipótese alguma, ser julgado no mérito à vista de desrespeito de princípios e desrespeito frontal ao texto do art. 501 do Código de Processo Civil.

Neste eito, é que se propõem diversas formas de se harmonizar esses direitos e princípios:

Haroldo Lourenço, advogado atuante, propõe a criação de um incidente processual no qual se possibilite a desistência do recurso pelo recorrente, ao

mesmo tempo em que se propicia, por impulso oficial, a análise da questão controvertida afetada.

O pleito de desistência individual deve ser acolhido, produzindo seus regulares efeitos, todavia, a partir de então o magistrado deve determinar a instauração de um processo incidente, tendo como único objetivo a solução da questão repetitiva, que servirá de paradigma a ser seguido pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos recursos sobrestados para julgamento. Destarte, tal processo incidente surge como o único objetivo: fixar a questão jurídica repetitiva, refletindo um objeto litigioso coletivo.

Creemos que esta seja a única forma de coadunarmos os interesses contrapostos, permitindo, assim, a definição da tese jurídica a ser adotada pelo tribunal superior ou pelo STF, não prejudicando a perda de interesse superveniente do recorrente, prevista no art. 501 do CPC.⁴⁴

Essa ideia, é de se observar, inspira-se no incidente de inconstitucionalidade, também chamado de uniformização de jurisprudência, explicitado nos art. 476 a 482 do Código de Processo Civil.

Essa espécie de incidente em que se separa a matéria de fundo daquela arguida pelas partes, *mutatis mutandis*, também é previsto no Código de Processo Italiano em seu art. 363, vejamos o seu texto:

Quando as partes não interpuserem recurso nos termos da lei, ou que tenham renunciado, o Procurador Geral pode, por meio de recurso, pedir que a sentença seja anulada, no interesse da lei.

Nesse caso, as partes não podem se beneficiar da decisão.

(A tradução é livre, no original se lê:

Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, il procuratore generale presso la corte di cassazione puo proporre ricorso per chiedere che sia cassata la sentenza nell'interesse della legge.

In tal caso le parti non possono giovarsi della cassazione della sentenza.

Assim, a solução proposta é muito interessante, seja, inicialmente, pelo fato de ser altamente viável, uma vez que já há procedimento previsto, analogicamente, para tanto, ou no que concerne à aplicação do princípio da razoabilidade e da

44 Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos. *sine p.*

ponderação.

Como truísmo, adotada esta solução, ter-se-á assegurado o direito da parte de desistir do processo, bem como, a preservação do direito tido, hoje, como coletivo, ou seja, restará salvaguardado o interesse de fundo do Tribunal de ver a mesma questão discutida em vários processos decidida de uma única vez.

Em outras palavras, esta deveria ter sido a hipótese adotada pela Corte Especial ao julgar a Questão de Ordem no Resp nº 1.063.343, visando, assim, a conciliação entre as regras processualistas.

Como curial, a matéria tida como representativa de controvérsia seria afetada para julgamento por Órgão colegiado, para análise apenas da questão de direito, enquanto o processo tido como paradigma poderia ser baixado em virtude da homologação do pedido de desistência.

Alguns⁴⁵ defendem que esse julgamento se daria em abstrato o que é vedado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Acreditamos, *data venia*, que esse argumento não pode prosperar, pelo simples fato de haver previsão legal de julgamento em abstrato, nos termos dos art. 476 a 482 do Código de Processo Civil, quando há incidente de uniformização de jurisprudência ou de declaração de inconstitucionalidade.

De outro lado, a opção adotada pelo Supremo Tribunal Federal também se revela apta à combinação da aplicação das normas aparentemente conflitantes.

Como já visto, a Corte Suprema, por decisão monocrática do Ministro Relator Marco Aurélio, ao analisar o pedido de desistência formulada pela parte no Recurso Extraordinário nº 567.948/RS, anteriormente acatado como de repercussão geral, deferiu o pedido, sem fazer nenhum questionamento acerca da possibilidade desse pleito.

Percebe-se, que o Supremo Tribunal Federal simplesmente homologou a desistência daquele recurso e mandou que outro, que tratasse da mesma questão

45 Ministro Nilson Naves em seu voto na Questão de Ordem do Resp nº 1.063.343/RS.

de fundo, fosse afetado para julgamento.

Neste eito, de forma bem menos complexa, ocorreu a preservação de ambos interesses discutidos. Garantiu-se, independentemente de discussão, justificativa ou manifestação, o direito da parte de desistir de seu recurso, da mesma forma, que ao determinar a afetação de outro processo, preservou-se, também, o interesse de objetivação da matéria tida como de repercussão geral.

Assim, pelas considerações já tecidas quanto ao assunto, é de se observar que, levando em conta todo o arcabouço jurídico brasileiro, a melhor opção para harmonizar a aplicação dessas duas regras, em tese conflitantes, é criar um incidente de recurso repetitivo.

Com a criação desse procedimento isolado para se debater a questão de direito reiteradamente discutida, possibilitará uma maior discussão de toda a matéria de forma clara e também, porque não dizer concisa. Isto porque os Ministros terão todas as suas atenções voltadas para a questão de direito.

Desta forma, também, servirá ao objetivo inicial da criação deste instituto jurídico qual seja, a diminuição do número de processos a serem julgados pelos Tribunais Superiores, aqui, no caso do recurso especial repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, à medida que tornará possível o aprofundamento da discussão em matérias relevantes.

Caso esta opção se torne concretamente inviável, sugerimos que se adote o posicionamento, anteriormente explicitado, adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Como visto o Recurso Especial, previsto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é um recurso de fundamentação restrita que visa cassar ou reformar decisões de Tribunais de Segunda Instância que afrontam ou negue vigência à lei federal ou que der interpretação divergente da que lhe seja atribuído outro tribunal.

A desistência do recurso por sua vez é prevista no art. 501 do Código de Processo Civil. Este direito se revela como de caráter potestativo dependendo apenas de homologação por parte do juízo competente para então análise daquela questão controvertida.

No recurso especial repetitivo não seria diferente por se tratar de um recurso digamos “normal” e não se diferenciar nesse aspecto do direito subjetivo, da desistência, no que pese opiniões, já demonstradas, diversas.

Para tanto, buscou-se como pano de fundo para discussão à análise do caso paradigmático em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela impossibilidade da desistência do recurso especial afetado como representativo da controvérsia idêntica de questão jurídica.

Para fundamentar essa decisão, o Superior Tribunal de Justiça elencou argumentos variados, mas todos no sentido de se tratar de medida necessária após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que prevê uma razoável duração do processo.

Explicitou-se que em respeito ao princípio da proporcionalidade e com o objetivo de se atender a efetividade do tramite processual, o recurso especial

afetado como paradigma para discussão de tese jurídica de direito, deveria ser julgado independentemente da parte ter oferecido pedido de desistência do recurso.

Argumentou-se, ainda, que, uma vez escolhido o recurso como representativo de controvérsia reiterada, este assume papel diverso do pretendido pelas partes, ou seja, a discussão ali travada ultrapassa os limites da lide proposta e ganha relevos extraordinários para a sociedade como um todo.

Em razão destes motivos expostos, o Superior Tribunal de Justiça resolveu que deveria prevalecer o interesse coletivo no julgamento da matéria, negando à parte o exercício da desistência.

No entanto, como demonstrado, apesar do recurso especial repetitivo ganhar ares de recurso com caráter objetivo, e também ficar diferenciado com mais algumas peculiaridades, não se pode olvidar o direito da parte de desistir de seu recurso.

Isto porque, vedar à parte o direito de desistir de sua irrisignação mata a própria essência do direito de recorrer, qual seja, a voluntariedade.

Desse modo, sugere-se que seja criado um incidente de teses repetitivas, nos mesmos moldes do observado para julgamento do incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 476 a 482 do Código de Processo Civil.

Caso, entendam pela ineficiência desse procedimento, ante, em tese, a burocratização de novo julgamento, que seja aplicada à hipótese o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, mostra-se totalmente viável a conciliação de valores no sentido de garantir que uma matéria repetida seja julgada de forma exauriente apenas uma única vez, de outro lado, preservando o direito da parte de desistir do seu recurso preservando a discussão para ela nos limites da irrisignação proposta.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *O antigo recurso extraordinário e o recurso especial* (na Constituição Federal de 1988). In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do CPC*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. Organização Theotonio Negrão. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº8, de 7 de agosto de 2008. Estabelece os procedimentos relativos ao processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. QO RESP 1063.343/RS. EMENTA (...) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DF, DJ de 04 de junho de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 936.852/RJ, EMENTA (...) Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DF, Dje 18 de novembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 86: “ Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 203: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau de Juizados Especiais”.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 211, *verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 311: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE Nº 567.984/RS. EMENTA:(.....) Relator: Ministro Marco Aurélio. DF, DJ de 21 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RE nº 191.454SP. EMENTA:(.....) Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DF, DJ 08 de junho de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado de Súmula 281: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário de decisão impugnada”.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o recurso especial*. Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2007.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil* 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 3.

DONOSO, Denis. *Um novo princípio contraditório*. Análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de solução e escalada da importância do precedente judicial. In *Revista Dialética de Direito Processual* nº 73.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

ITÁLIA. *Codice di procedura civile e norme complementari con i commento della giurisprudenza della cassazione*. 8 ed. Milano – Dott., 1990.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Recurso extraordinário e recurso especial*. In *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*.

LOURENÇO, Haroldo. *Desistência da pretensão recursal no julgamento por amostragem em recursos repetitivos*. Uma proposta. Disponível em < <http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 4.

MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca. (Coord). *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VII, 3ª ed. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY Junior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recurso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Recurso especial* – algumas questões de admissibilidade. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SERAU Junior, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. *Recursos especiais repetitivos no STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça* – Competências originária e recursal. In: *Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça*.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação*

rescisória. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al* (Coord). *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.