



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Processo Civil

Maria Bianca Ramos A. Vidal

**A Eficácia e a Celeridade aos Recursos
Especiais com o advento da lei 11.672/2008:
Recursos Especiais Repetitivos.**

Brasília, DF

2011

Maria Bianca Ramos Azevedo Vidal

**A Eficácia e a Celeridade aos Recursos
Especiais com o advento da lei 11.672/2008:
Recursos Especiais Repetitivos**

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

Orientador Prof. Msc: André Pires Gontijo.

Brasília – DF

2011

Maria Bianca Ramos Azevedo Vidal

**A Eficácia e a Celeridade aos Recursos
Especiais com o advento da Lei
11.672/2008: Recursos Especiais
Repetitivos.**

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.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em
____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente Professor: André Pires Gontijo

Agradeço a Deus por não deixar-me abater nas dificuldades e nem desistir nas horas que acreditava que não seria capaz de concluir esse trabalho tão importante, que nos exige tantas horas de estudos,

Ao meu marido, que me proporcionou a possibilidade de estar frente a esta especialização, pelo carinho e atenção que nunca deixou de transmitir nas horas que mesmo exausta insistia em permanecer até chegar a conclusão deste trabalho, à minha filha pelas inúmeras horas de finais de semana que ausente estive, bem como as horas que deveriam ser de lazer e eu estava debruçada em livros, pela ausência do carinho materno que faltaram diante da exigência de horas e horas de exclusividade na elaboração deste trabalho, porém eles sempre acreditaram que tudo daria certo e que esse mérito logo seria alcançado,

Ao meu orientador Prof. André Gontijo que mesmo com tantas atribuições me disponibilizou tempo e em momento algum a distância foi motivo para que não me orientasse e ajudasse como se presente estivesse, esclarecendo com exatidão e firmeza todas as minhas dúvidas e questionamentos, a este orientador que com o coração grandioso não me deixou desistir de concluir este trabalho mesmo diante das horas em que meus pais estavam extremamente debilitados, em um leito de hospital, ele com toda sua luz transmitia a

esperança ressaltando que a fase tempestiva logo passaria, sempre em seus @ lembrando que antes cinco passos para trás do que dois para frente de forma duvidosa e errônea,

Agradeço de forma especial ao prof. Luiz Fernandes que com sua bondade e competência me deu de presente o meu orientador, bem como com toda sua magnitude esteve ao lado de cada aluno de forma humana e em momento algum fez uma divisão de patamares,

Agradeço a Dona Cintia Mohamad, da biblioteca que exaustivamente já não mais me agüentava de tanto que incomodava toda semana com tantos livros a serem emprestados, as doutrinas quando lá não estavam, imediatamente as reservava, nunca me deixando na mão, no entanto, pensando ela que ao ir embora de Brasília teria se livrado da aluna que mais movimentou a biblioteca do IDP, a vida a enganou redondamente, mesmo há alguns quilômetros procuro fazer com que perca seu tempo lendo alguns dos @ que os envio, sejam eles culturais ou de descontração,

Agradeço aos meus amigos de pós graduação de processo civil do IDP, que de uma forma e outra puderam me passar seus ensinamentos que estão armazenados na bagagem de conhecimentos seja na caixinha que pertence aos ensinamentos da vida sejam os de conhecimentos jurídicos,

Aos professores da Pós Graduação do IDP, que não poderiam ter sido melhores, porque estes são os melhores professores que tive a oportunidade de conviver em alguns meses de aula, pelos quais sinto imenso orgulho de ter sido aluna.

“Não deixe que ninguém saiba exatamente do que você é capaz,

O homem sábio não permite a ninguém sondar a fundo os seus conhecimentos e as suas habilidades, se quiser ser respeitado por todos. Ele permite que sejam conhecidos, mas não sejam compreendidos,

Ninguém deve conhecer a extensão das suas habilidades, para não se desapontar,

A ninguém ele dá oportunidade de compreendê-las totalmente,

“Pois suposições e dúvidas quanto à extensão dos seus talentos evocam mais respeito do que saber precisamente até onde eles vão, para que sejam sempre excelentes”.

Baltazar Gracian , 1601-1658

RESUMO

Observamos que desde 1994, o Código de Processo Civil recebe inúmeras reformas, dentre elas visando dar maior efetividade ao processo, fazendo com que diminua a quantidade de processos existentes diante da atividade jurisdicional, como também a redução da insuficiência de recursos humanos e materiais do estado para atender toda essa busca. A lei 11.672/2008, inovou o Código de Processo Civil, conseguiu fazer com que nos deparemos com essa redução, com maior efetividade e celeridade, sem afrontar em momento algum nossa segurança jurídica, enxugando a quantidade de processos absolutamente idênticos, e trazendo a possibilidade de que os processos em tramitação fiquem sobrestados aguardando o julgamento de um recurso especial repetitivo, longe da morosidade vista atualmente em nosso ordenamento jurídico.

Palavras- chave: Código de Processo Civil. Lei 11.672/2008. Recurso Especial Repetitivo

ABSTRACT

It has been observed that since 1994, the code of civil procedure has received numerous reforms, among them we highlighted the one that aim to give the bigger effectiveness to the causes, in a way that decrease the amount of existing processes before jurisdictional activity, as well as the obligation to maintain enough state's human resources and materials to comply with the demand. The law 11.672/2008 innovated the code of civil procedure. We were able to perceive such reduction, nothing that, with great effectiveness, spud and without compromise our juridical dependability in any moment, it eliminated identical demands. This act brought us the possibility that the law suits in the pipeline may remain pending, waiting for a special recurrent appeal trial, far from the sluggishness seen today in our judicial system.

Keywords: Procedure of Civil Brazilian. Lei 11.672/2008. Special Recurrent Appeal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. Recurso Especial	13
1.1. Histórico	13
1.1.1. Definição	13
1.1.2. Diferenças entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito	14
1.2. Após a Constituição Federal/88 o STJ Passa a ser o Intérprete Final Quanto à Aplicação da Lei Federal.	18
1.3. Pressupostos Subjetivos	20
1.4. Pressupostos Objetivos - Cabimento	22
1.5. Precedentes Correspondentes das Alíneas do artigo 105, III da CF.....	27
1.5.1 Lesividade.....	28
1.5.2 Tempestividade.....	29
1.5.3 Regularidade Formal.....	30
1.5.4 Preparo	31
1.6. Pressuposto Específico do Recurso Especial	32
1.6.1 Decisões Proferidas por Tribunal	32
1.6.2 Matérias de Direito Federal.....	33
1.6.3 Exaurimento das vias recursais ordinárias.....	34
1.7. Prequestionamento – Seu Significado	37
1.7.1 Prequestionamento Perante Terceiros.....	46
1.7.2 Interpretação Jurisprudencial Atual.....	47
2. Prequestionamento no Recurso Especial.....	478
2.1 A Flexibilização do Recurso Especial	478
2.1.1 Posicionamento acerca da flexibilização.....	48
2.1.2 Retenção do Recurso Especial.....	50
2.1.3 Efeitos da Interposição do Recurso Especial.....	51

2.1.4 Agravo da Decisão Denegatória de Admissibilidade	52
2.1.5 Recurso Especial - SÚMULA 7 DO STJ	533
3. Recursos Especiais Repetitivos	59
3.1 Histórico	59
3.1.1 A Identificação da Controvérsia Repetitiva e a Suspensão dos Demais Feitos	59
3.1.2 O Requerimento de Informações e a Participação de Terceiros.....	633
3.1.3 A Participação do Ministério Público	644
3.1.4 Do Julgamento do Recurso Representativo.....	666
3.1.5 Necessidades de Regulamentação	66
3.1.6 Da vigência da lei 11.672 /2008.....	68
3.2. Da Concessão de Efeito Suspensivo e das Medidas Cautelares.....	70
3.3. Do Recurso Contra a Decisão Que Suspende o Recurso Especial	722
3.4. O Recurso Especial Frente a Outros Institutos Processuais.....	733
3.4.1 A Repercussão Geral.....	733
3.4.2 O Recurso Especial e as Súmulas Vinculantes	755
3.4.3 Os Recursos Especiais Repetitivos e o Instituto Do Artigo 557 do código de Processo Civil.....	756
4. FUNDAMENTO HISTÓRICO E ATUAL DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CELERIDADE DO PROCEDIMENTO DIANTE DA INOVAÇÃO TRAZIDA EM FACE DA LEI 11.672 /2008.	78
CONCLUSÃO.....	844
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	877

INTRODUÇÃO

O Recurso Especial Repetitivo, surgido com a lei 11.672/2008, busca reduzir a morosidade da justiça brasileira, evitando a protelação e conferindo agilidade ao poder judiciário no rito processual.

O Superior Tribunal de Justiça surge com o advento da Constituição Federal de 1988, exercendo jurisdição comum, apreciando somente as causas regidas pelo direito substancial comum, afastando as matérias com conteúdo substancial especial.

A Constituição Federal outorga ao Superior Tribunal de Justiça, com primazia as seguintes funções institucionais: defensor da lei federal e unificador da interpretação do direito federal comum.

Com o advento da “Emenda Constitucional 45 de 2004”, acrescentaram-se as seguintes funções ao Superior Tribunal de Justiça: a) a regulamentação de cursos oficiais para o ingresso na carreira da magistratura por meio da escola nacional de formação e aperfeiçoamento dos magistrados; b) a supervisão administrativa e orçamentária da justiça federal de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema e com poderes correccionais, possuindo suas decisões caráter vinculantes.

Em agosto de 2008, surge a lei 11.672/2008 que trata dos Recursos Especiais Repetitivos, onde a partir dessa, nosso ordenamento estará frente da redução dos inúmeros recursos especiais hoje existentes no Superior Tribunal de Justiça, resultando maior celeridade e eficácia.

Oportuno se torna dizer que no ano de 2005, um ano após “A Emenda Constitucional 45”, o Superior Tribunal de Justiça recebeu mais de 210 (duzentos e dez) mil processos. No ano seguinte, o número ultrapassou os 250 (duzentos e cinquenta) mil. Em 2009, o tribunal chegou à casa dos 328 (trezentos e vinte e oito) mil processos, sendo que, em grande parte, diziam respeito a questões já pacificadas pela corte.

A princípio deve-se entender que em nosso ordenamento jurídico existem dois importantes tribunais do país, o STF e o STJ. Estes possuem competência originária e atribuição para o julgamento de recursos ordinários, analisando os recursos apresentados referente às demandas que já esgotaram as vias comuns e especiais, motivo pelo qual estes são denominados de órgãos de superposição.

Contudo, a principal função do STJ é de unificar o entendimento sobre a aplicação da legislação federal em todo o território nacional, não devendo ser utilizado como mecanismo de irresignação ao resultado do julgamento proferido em instância recursal. O intuito do recurso excepcional é estranho à questão sobre a justiça ou injustiça da decisão censurada.

O Superior Tribunal de justiça, como defensor da lei, deve julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, nos casos de a decisão contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal ou quando julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal.

Exercerá ademais, a função de unificador da interpretação do direito, nos casos em que houver divergência na interpretação da lei federal entre os tribunais, o que em muitas doutrinas são denominados por “dissídio pretoriano”. Posta assim a questão, é de se dizer que descrevendo as vantagens inequívocas da lei 11.672/2008, estaremos demonstrando que o principal beneficiário é a sociedade brasileira, que tempestivamente passa a ter uma solução mais rápida de suas pendências judiciais.

1. RECURSO ESPECIAL

1.1. Histórico

Com a Constituição Federal de 1988 até o advento da nova ordem constitucional, a análise de violações diretas ou indiretas às normas infraconstitucionais eram de competência do STF, onde este era o guardião exclusivo da Constituição Federal e da unidade de interpretação na aplicação da legislação federal como função.

Diante disso ocorrem duas propostas aos constituintes: um aumento do número dos membros do STF ou a criação de um novo órgão para julgamento de causas que envolvessem a análise da aplicação da legislação federal.

Na aplicação da legislação federal o recurso extraordinário seria utilizado quando ocorresse a violação à Constituição.

Portanto o primeiro passo para diminuir a grande quantidade de processos represados no STF seriam analisados. Dessa forma o novo recurso seria submetido à análise pelo recém criado STJ agilizando a prestação jurisdicional, fazendo diminuir o tempo de espera e solucionando em menor tempo os recursos pendentes de julgamentos finais pelo Poder Judiciário.

1.1.1. Definição

O Recurso especial é um recurso de natureza constitucional, sendo delineado na própria Constituição Federal, com o objetivo de dar interpretação uniforme à legislação federal, aplicável a todos os casos semelhantes, examinando apenas as questões de direito, conforme o artigo 105, III da Constituição Federal:

Artigo 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
[...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e território, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Coleção Saraiva de Legislação – atualizada até a emenda constitucional nº62, editora Saraiva, página 93)

Para fazer parte da regulamentação do recurso especial, o dispositivo constitucional no artigo 541 do Código de Processo Civil cita que:

Artigo 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão impostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

I – a exposição do fato e do direito;

II – a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III – as razões do pedido de reforma da decisão recorrida;

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. (*vademecum acadêmico de direito*- editora Rideel – 9ª edição, 2009, página 294)

1.1.2. Diferenças entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito

Não basta apenas a irrisignação da decisão para que o cerne do inconformismo seja analisado pelo órgão *ad quem*, se faz necessário que a manifestação recursal atenda aos requisitos de admissibilidade fixados em lei, e quando não atendidas tais exigências o órgão julgador não apreciará os fundamentos do recurso.

Todos esses requisitos são chamados de pressupostos de admissibilidade.

Nelson Nery estabelece uma correlação entre o juízo de admissibilidade e as condições da ação, aduzindo que as condições da ação devem estar preenchidas para que seja possível o exame de mérito, da pretensão deduzida em juízo. Somente depois de ultrapassado o seu exame é que o magistrado poderá colocar fim à incerteza que pesa sobre determinada relação jurídica, aplicando o direito ao caso concreto que lhe foi levado pelo autor. Quanto ao recurso ocorre fenômeno assemelhado. Existem condições de admissibilidade que necessitam estarem presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso.

Chamamos o exame destes requisitos de juízo de admissibilidade. O exame do recurso pelo seu fundamento, onde se sabe se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, onde é denominado por juízo de mérito¹. (NERY JUNIOR, 2002, página 340.)

No entanto não existe uma unanimidade, entre os doutrinadores, sobre a classificação dos pressupostos atinentes ao juízo de admissibilidade recursal².

O doutrinador, Barbosa Moreira (apud SCARPINELLA, 2009, p. 39), propõem que o conteúdo do juízo de admissibilidade seja classificado em dois grupos correspondentes aos requisitos intrínsecos (concernentes à existência do direito de recorrer) e aos requisitos extrínsecos (concernentes ao modo de exercício do direito de recorrer).³

Nelson Nery, embora aderindo à classificação proposta por Barbosa Moreira, prefere levar em consideração a decisão judicial, que é objeto do recurso, para nominar os pressupostos de intrínsecos e extrínsecos.⁴

Moacyr Amaral Santos vale-se de critério totalmente diverso, que leva em consideração o recurso considerado em si mesmo ou a pessoa recorrente. Ele distingue os pressupostos de admissibilidade recursal em objetivos (recorribilidade do ato decisório, tempestividade, singularidade do recurso, adequação do recurso e preparo do recurso, e, com variações dignas de destaque a depender de cada recurso, a motivação e a regularidade) e em subjetivos (legitimidade, renúncia e aquiescência).⁵

O juízo de admissibilidade é na verdade a verificação do atendimento dos pressupostos externos do recurso, não está vinculada ao mérito da impugnação, mas estão previstos em lei como necessário à validade da prestação jurisdicional na fase recursal.

¹ Saraiva, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo. editora saraiva. 2002, página 340.

² Bueno, Cássio Scarpinella. *Direito Processual Civil*. São Paulo. editora saraiva. volume 5, 2009, página 39.

³ Bueno, Cássio Scarpinella. *Direito Processual Civil*. São Paulo. editora saraiva. volume 5, 2009, página 39.

⁴ Bueno, Cássio Scarpinella. *Direito Processual Civil*. São Paulo. editora saraiva. volume 5, 2009, página 39.

⁵ Bueno, Cássio Scarpinella. *Direito Prcessual Civil*. São Paulo. editora saraiva, volume 5, 2009, página 40.

A competência para essa averiguação vai de acordo com cada recurso, é exercida tanto pelo órgão *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*, destacando que a análise de tais pressupostos pelo tribunal *a quo* é prévia e não vincula a posterior correção dessa verificação pelo órgão competente para julgar a impugnação.

Ao exercer o juízo de admissibilidade dos recursos, não deve o órgão *a quo* adentrar o estudo de mérito da impugnação interposta, devendo restringir-se aos pressupostos considerados por grande parte da doutrina por pressupostos de aceitabilidade – requisitos objetivos, subjetivos e específicos.

Muitos recursos têm mais de um juízo de admissibilidade, quando são apreciados os necessários antecedentes objetivos, subjetivos e específicos da irresignação.

Os objetivos serão analisados pelo juízo *a quo*, pelo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida, muito embora que não há como restringir a apreciação de admissibilidade de todos os aspectos do recurso especial, apenas os pressupostos objetivos, subjetivos e específicos, já que a competência para exercer o juízo inicial de admissibilidade não estabelece restrição ou exclusão da necessidade de verificação dos pressupostos constitucionais de cabimento.

Ao serem incluídos esses pressupostos no âmbito de apreciação do juízo inaugural de admissibilidade pelas normas de regência, não há como se afastar de analisar mesmo que superficialmente da ocorrência ou não da violação da lei apontada pelo recorrente, uma vez que o texto constitucional é incisivo em permitir o cabimento do recurso apenas se o acórdão recorrido ofender dispositivo de lei federal.

A ocorrência de tal violação não pode deixar de ser apreciada para a admissibilidade do recurso especial, mesmo que em grau menor de mera aparência, esse aspecto é refletido no conhecimento da irresignação, por ela não ter como ser conhecida quando o recurso for baseado na afronta à lei, sem que automaticamente se conclua pela existência do que indicar o recorrente.

O destaque é no sentido de quem analisa essa violação apresentada como concreta ao recorrente, pois para este uma hipótese ainda que remota pode se transformar em realidade, em caso de provimento.

A questão deve ser apreciada, sob a óptica do órgão jurisdicional que analisará o recurso inexistindo qualquer dificuldade para a conveniência da superposição estabelecida pelo legislador entre o juízo de mérito e o de admissibilidade.

A separação do juízo de mérito do conhecimento do recurso especial pela violação da lei importa na necessidade de modificação do texto constitucional.

O reflexo negativo da questão reside, na possibilidade de, no primeiro juízo de admissibilidade, ser rechaçados muitos recursos não havendo manifestação dos tribunais superiores, a partir de uma análise prévia e superficial da ocorrência ou não das violações apontadas pelo recorrente.

Com isso a decisão de admissibilidade deverá ser fundamentada por imperativo de ordem constitucional – artigo 93 IX da Constituição Federal, por se tratar da própria complexidade prática que envolve alguma espécie de decisão no curso do processo. Essa necessidade restou consignada na súmula 123 do Superior Tribunal de Justiça.

Quando o recurso especial alegar violação de diversos dispositivos de lei ou dissídios jurisprudenciais, a admissão da impugnação por apenas uma das razões não impede o conhecimento do recurso pelas demais, sem que seja necessária a interposição de agravo de instrumento quanto aos argumentos inadmitidos.

Contudo são pertinentes ao recurso especial as súmulas 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal:

Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no artigo 100 III da Constituição Federal, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros. (*Vademecum acadêmico de direito*, editora rideel, 9ª edição, 2009, página 1872)

Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

Em se tratando de juízo de mérito deve ser entendido como o pedido que faz o recorrente ao órgão competente para o julgamento do recurso. Não se tratando mais de um pedido de tutela jurisdicional, mais de um pedido de reexame, para quaisquer decisões proferidas pelos variados órgãos jurisdicionais, para constatar em que medida elas foram proferidas corretamente do ponto de vista processual, procedimental e do ponto de vista material.

Portanto o mérito recursal pode consistir, na reforma da decisão recorrida e, também, na sua anulação, restando legítimo que o recorrente impugne apenas em parte a decisão que lhe é desfavorável, circunstância que enseja a construção dos recursos parciais em contraposição aos recursos totais.

O exame do mérito que importa para o estudo dos recursos é, por conseguinte, a constatação do que o recorrente pretende com o seu recurso. O mérito recursal corresponde ao próprio conteúdo da impugnação dirigida à decisão recorrida e, por esta razão, é irrecusável sua relação com o efeito devolutivo, objeto de exame⁶.

1.2. Após a Constituição Federal/88 o STJ Passa a ser o Intérprete Final Quanto à Aplicação da Lei Federal.

Importante destacar os princípios fundamentais basilares:

⁶ Bueno, Cássio Scarpinella. *Direito Processual Civil*, v.5. São Paulo. editora saraiva, 2009, página. 71.

O duplo grau de jurisdição onde a garantia da boa justiça, é a possibilidade da sentença ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, em regra de hierarquia judiciária superior, mediante a interposição de recurso.

Para assegurar que o Estado bem se desincumba do dever de solucionar os conflitos de interesses, considerando a possibilidade de o magistrado ou do tribunal se equivocar na apreciação de uma causa, destacando a verdade formal que dela emana, ou praticando ato marcado pela presença de vício formal, possibilitando de a decisão ser novamente analisada pela mesma autoridade que a proferiu ou pela instância superior.

Tal possibilita estar relacionada à prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição, não se revestindo de caráter absoluto, respeitando as hipóteses que vedam a possibilidade do reexame de pronunciamento judicial, que permanece intocado.

O princípio não estar explícito na Carta Magna, aplicado através da interpretação gramatical do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, cuja redação: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Cretella Neto⁷ demonstra que a tradição recursal já era realidade em Roma, conferindo-se naquela época o poder de visitar as decisões ao imperador, o que aumentava ainda mais seu já enorme controle sobre toda sociedade.

Taxatividade os recursos são designados em lei, não podendo ser confundido com os sucedâneos recursais.

Não sendo apenas as espécies contempladas no artigo 496 do CPC, como as previstas em lei de iniciativa da União, onde o artigo 22, I da

⁷ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82.

Constituição Federal confere competência privativa à mencionada pessoa jurídica de direito público para legislar sobre direito processual.

Unirrecorribilidade designa que para cada decisão judicial, há apenas um único recurso previsto, vedada de forma geral, a interposição simultânea de recursos.

E o princípio da proibição da *reformatio in pejus* que revela a preocupação com a segurança jurídica dos pronunciamentos judiciais, desdobrando-se no plano de outro princípio de grande significância na realidade do processo civil, como tal da adstrição ou da correlação.

No momento em que a parte ingressa com o recurso no processo, a parte limita a pretensão recursal, ligada à idéia de sucumbência, já que não seria de se admitir a interposição da espécie sem a demonstração do prejuízo, sob pena de a irresignação ter o seu seguimento obstaculizado por falta de interesse recursal, sendo assim o recurso deve ser útil à parte, no sentido de poder impor modificação para melhora da situação processual.

1.3. Pressupostos Subjetivos

O interesse e a legitimidade, com fundamento no artigo 499 do Código de Processo Civil.

A legitimidade para recorrer diz respeito à legitimidade das partes, tendo conforme o artigo 499 do Código de Processo Civil legitimidade para recorrer à parte vencida, o terceiro prejudicado e o ministério público.

Partes não é necessário apenas ser para recorrer deve ter tido prejuízo ocasionado pela decisão e o recurso tenha aptidão para removê-lo.

Para fins recursais, é insuficiente a mera legitimação para a prática do ato, faz-se indispensável que o legitimado pretenda alguma melhora na sua própria posição jurídica.

O Terceiro prejudicado é o terceiro que ainda não interveio no processo, este deve demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, o terceiro precisa comprovar em que medida direito seu foi direta ou indiretamente afetado por decisão proferida em processo do qual não é parte.

O terceiro que intervém no processo com fundamento no § 1º do artigo 499 busca afastar a decisão que, já proferida, contrariou posição jurídica sua, enquanto os terceiros que já intervieram no processo antes do proferimento de qualquer decisão ou, até mesmo, independentemente delas, buscam que as decisões a serem proferidas sejam-lhes favoráveis direta ou indiretamente.

No entanto adesivamente o terceiro não tem interesse para recorrer, não só pelo caput do artigo 500, mais também pelo § 1º do artigo 499, a hipótese deve ser afastada.

O Ministério Público atua como parte ou como *custos legis*, conforme o § 2º do artigo 499 do Código de Processo Civil.

E segundo a súmula 99 do STJ, a legitimidade para o ministério público mesmo quando as partes não tenham apresentado recurso.

Em se tratando de interesse em recorrer é obrigatória a junção de utilidade e necessidade, a utilidade também trazida por prejuízo ou sucumbência e a necessidade, que tem por justificativa que só com a interposição do recurso a remoção do gravame será alcançada.

O interesse recursal precisa ser analisado a partir de uma visão retrospectiva – a sua posição processual antes do proferimento da decisão e prospectiva – a posição processual que poderá alcançar com a modificação da decisão que lhe causa algum gravame. É da vantagem processual resultante

da comparação destes dois momentos processuais que decorrer o interesse recursal.

1.4. Pressupostos Objetivos - Cabimento

O Recurso especial tem sua previsão no artigo 105, III letras a e b e c da Constituição Federal⁸.

Artigo 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

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

Diante da expressão “lei federal” expressa na alínea “a” do inciso III do artigo 105, estão inclusos normas elaboradas pelo Poder Legislativo da União, cuja eficácia se faz em todo território nacional, alcançando tanto as leis nacionais como as federais, pelas quais provenientes do Poder Legislativo da União que autorizam a interposição do Recurso Especial.

As espécies normativas originárias do Poder Legislativo da União, importante destacar a existência das leis complementares, as leis ordinárias, os decretos legislativos, até mesmo as resoluções do Senado, são possíveis de recurso especial.

Aos atos normativos que são provenientes do Poder Executivo da União, os com força de lei bem como os expedidos para a execução das leis federais também fazem parte da denominação “lei federal”.

⁸ *Coleção Saraiva de legislação* – atualizada até a emenda 62 . editora saraiva, 2009, página 93.

Diante da cláusula constitucional também fazem parte o direito estrangeiro aplicável por força da lei de introdução ao código civil como também o tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico.

Os tratados internacionais são incorporados ao nosso ordenamento após a ratificação do Congresso Nacional e as demais atitudes de promulgação e publicação realizadas pelo Presidente da República.

No entanto as meras portarias ministeriais, avisos, circulares, instruções normativas, provimentos, convênios interestaduais e enunciados das súmulas dos tribunais não fazem parte da denominação “lei federal”.

A cláusula constitucional também não alcança os regimentos internos dos tribunais, em regra o recurso especial só suscita ofensa a direito federal infraconstitucional perpetrada por tribunal regional ou local, não se faz permitir adequadamente a violação a direito constitucional, como também ofensa a direito estadual e municipal.

Conforme o que abrange o conceito de lei federal, o recurso não é hábil para a interpretação de cláusulas contratuais.

O erro na valoração legal da prova, pode ser suscitado em recurso especial, uma vez que configura erro de direito federal, sendo submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto o recurso especial é admissível quando cuida da qualificação jurídica dos fatos.

Processual Civil. Recurso Especial. A expressão Lei Federal. Alcance. A locução “lei federal”, contida no artigo 105, III, da Constituição Federal, abrange tão somente as leis complementares, ordinárias e delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções do senado federal, os decretos, os regulamentos e os convênios entre Estados-membros previstos na própria Constituição, em matéria tributária, por se equipararem à lei ordinária. Não estão nela compreendidos atos normativos de hierarquia inferior à do decreto. Precedentes desta Corte — AI n.22.023/DF – AGR, 1ª Turma do STJ, in Diário da Justiça de 13 de outubro de 1992.⁹

Em sentido semelhante: AMARAL SANTOS. Primeiras Linhas. Volume III, 15ª edição, 1995, página 159. Na precisa lição do eminente Ministro, “os tratados e as leis se equiparam. Os tratados

⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5ª edição. Atualizada de acordo com a lei 11.636, de 2007, regulamentada pela Resolução n.1. editora saraiva.2008.página 696.

são leis”. É o que também consta do Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas: “O tratado passa a ter vigência a partir da publicação do decreto por meio do qual ele é promulgado, e tem, no campo interno, a mesma gradação da lei ordinária”.(Dicionário Jurídico. 4ª edição, página 798). Por fim, merece ser prestigiado precedente da relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro: “Tratado Internacional. Lei ordinária. Hierarquia. O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando”(In REsp n. 73.376/RJ)¹⁰.

De acordo, na doutrina: ADHEMAR MACIEL. Dimensões. p.251; EDUARDO RIBEIRO. Recurso Especial. p.49; NELSON LUIZ PINTO. Recurso Especial. 2ª edição, 1996, página 115; e NERY JUNIOR. Princípios Fundamentais. 5ª edição, 2000, página 254. Assim na jurisprudência: REsp n.13.611/RS, 3ª Turma do STJ¹¹.

Com a mesma opinião, na doutrina: ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Reflexões Jurídicas. 2000, página 65; NELSON LUIZ PINTO. Recurso Especial. 2ª edição, 1996, página 115; e NERY JUNIOR. Princípios Fundamentais. 5ª edição, 2000, página 254. Em igual sentido na jurisprudência: REsp n. 13.640/RJ – EDcl, 3ª Turma do STJ¹².

Com a mesma opinião: VICENTE GRECO FILHO. Direito. Volume II, 11ª edição, 1996, página 358: “Observe-se, porém, que o erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matéria de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial”. No mesmo sentido ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Reflexões jurídicas. 2000, página 66: “Todavia convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato”¹³.

Em se tratando do cabimento pela alínea “a”, para que o recurso seja admissível, se faz necessário a alegação devidamente fundamentada de que o tribunal de segundo grau contrariou ou negou vigência à legislação federal, quando satisfeitos os outros pressupostos recursais.

No entanto quando se tratar da ocorrência ou não, da contrariedade ou até mesmo da vigência à lei federal estará se tratando do mérito do recurso especial.

O cabimento pela alínea “b”, a expressão constitucional “ato de governo local” alcança tanto os atos normativos quanto os atos administrativos provenientes dos Poderes Executivos e Legislativos dos Estados – Membros,

¹⁰ Ibid, página 697

¹¹ Ibid, página 697.

¹² Ibid, página 697.

¹³ Ibid, página 697.

do Distrito Federal e dos Municípios, bem como do Poder Judiciário dos Estados e do Distrito federal.

Desde que não esteja veiculada na lei local, a impugnação de decreto, instrução, portaria ou qualquer outro ato proveniente de alguma das autoridades públicas de Estado-Membro do Distrito Federal ou do Município à luz da legislação federal, com o posterior julgamento pelo tribunal de origem em prol da validade do ato impugnado, autoriza a interposição de recurso especial pela alínea “b”, esperando que o Superior Tribunal de Justiça julgue acerca da contrariedade à lei federal.

Não existe a possibilidade da interposição de recurso especial acerca da controvérsia de lei proveniente do Legislativo estadual, distrital ou municipal, já que afeta a competência do Supremo Tribunal Federal.

O cabimento do recurso especial também é permitido diante de ato de governo local.

Contudo se o julgamento é contrário à validade do ato de governo local, não há lugar para o recurso especial, pelo mesmo fundamento, alínea “b”.

A interpretação do ato local em si não autoriza recurso especial, sendo permitido quando veicula discussão acerca da legislação federal em relação à qual o ato local foi julgado válido pela corte de origem.

Existindo a impugnação frente à legislação local, não existe a possibilidade jurídica do recurso, assim sendo todas as alíneas que autorizam a interposição do recurso especial dependem da existência de questão federal, com a veiculação de controvérsia sobre a interpretação de preceito de lei federal.

Na alínea “c” a finalidade é a de possibilitar a uniformização da jurisprudência dos tribunais do país acerca da interpretação da lei federal.

Uma grande divergência acerca da admissibilidade do recurso especial é a que existe entre a corte regional ou local e outro tribunal, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são outros tribunais em relação à corte regional ou local que proferiu o acórdão recorrido.

Serve também como paradigma acórdão do antigo Tribunal de Recursos.

No entanto a controvérsia que envolve o cabimento do recurso quando o paradigma é o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho ou pelo Tribunal Regional do Trabalho, existe também a possibilidade já que nada tem a respeito se opondo ao assunto.

Na alínea “c” do artigo 105 da Constituição Federal, é necessário que o precedente tenha sido proferido por outro tribunal, ou qualquer outro tribunal judiciário, até mesmo os tribunais das justiças especializadas, como as trabalhistas, eleitorais e militares.

Em todos eles, é necessário que o julgado evocado como padrão da divergência tenha sido proferido por órgão coletivo: turma, câmara, seção, grupo de câmaras, câmaras reunidas, órgão especial, pleno, a expressão outro tribunal acredita que o paradigma tenha sido prolatado por colegiado, assim sendo basta que o julgamento seja realizado de forma coletiva.

O cabimento da alínea “c”, já nos remete a regularidade formal do recurso.

De acordo com o parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil, e o artigo 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente deve demonstrar o dissenso na interpretação do direito federal infraconstitucional, por meio da transcrição dos trechos dos acórdãos confrontados que revelam a divergência. O recorrente deve efetuar o cotejo analítico dos arestos divergentes, com a demonstração da existência do dissídio na exegese conferida à legislação federal infraconstitucional.

Além da demonstração da divergência com o cotejo analítico dos acórdãos confrontados no bojo da petição recursal, sendo imprescindível a comprovação do dissenso jurisprudencial, essa comprovação deve ser feita por meio da apresentação de certidões ou de fotocópia do precedente invocado como paradigma devidamente autenticado, sendo permitida a declaração da autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

A mera citação de repositório de jurisprudência oficial ou autorizado já é suficiente para o cumprimento do requisito de comprovação da divergência.

No dissenso jurisprudencial notório, as exigências formais referentes ao recurso especial devem ser mitigadas, com a incidência do princípio da instrumentalidade.

1.5. Outros Precedentes Correspondentes das Alíneas do Artigo 105 III da Constituição Federal.

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial Alegada Negativa de Vigência a Decretos. Conhecimento. Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI. Tabela de Incidência do IPI – TIPI. Classificação Fiscal. Ração Para Animais. Alíquota Zero. Preparações Alimentares Completas Para Cães e Gatos Acondicionadas Em Embalagens Com Peso Superior A 10 Quilos. Não Incidência do IPI.

1. O artigo 105, III, A da Constituição Federal de 1988 prescreve que 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 Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

2. O conceito de lei federal, para fins de cabimento do recurso especial, abrange “os atos normativos (de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias e delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República.

[...]

Recurso Especial da Fazenda Nacional Desprovido¹⁴

Constitucional, Processual Civil e Tributário. Recurso Especial alínea B. Não Conhecimento. ICMS. Recolhimento Antecipado. Substituição Tributária Para Frente Novel Orientação do STF (ADIN 1851/AL). Inaplicabilidade Ao Estado De São Paulo.

1. A Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, alterou a alínea b do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, e inclui a alínea D ao inciso III, do artigo 102, da Carta Magna [...].

2. Destarte, a alteração proporcionada pela Emenda Constitucional 45/2004 implicou a modificação de competência jurisdicional para apreciação de confronto entre lei local e lei federal (artigo 102, III, d, da Constituição Federal de 1988) Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. Ao STJ permaneceu a competência para deslinde de recurso especial dirigido contra

¹⁴ REsp 953.519/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.12.2008.

decisão que julgar válido ato de governo local (ato público infralegal) contestado em face de lei federal.

3. Deveras, a lei em vigor à época da prolação da decisão que se pretende reformar é que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso.

4. In casu, o acórdão que julgou a apelação restou proferido em 14.09.2006, data posterior ao advento da EC 45/2004, razão pela qual não se revela cognoscível a insurgência especial fulcrada na alínea b, do permissivo constitucional, ao argumento de que o tribunal de origem julgou válido Decreto Estadual em face de lei federal.

[...]

Agravo Regimental não provido¹⁵

Referindo-se ao requisito objetivo do cabimento, as Súmulas 283, 284, 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis ao recurso especial, preconizam:

Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Súmula 292: Interposto o recurso extraordinário por mais de um dos fundamentos indicados no artigo 101, III, da Constituição, a admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer dos outros.

Súmula 528: Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento.

O recurso especial também era cabível contra os acórdãos proferidos pelos tribunais de alçada, cortes estaduais extintas com o advento da Emenda Constitucional n.45, de 2004¹⁶.

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Reflexões jurídicas.2000, página 68: “E ainda mais entre qualquer dos citados tribunais de apelação e o Superior Tribunal de Justiça”. Ainda no mesmo sentido; “Recurso especial-Dissídio. A expressão, outro tribunal contida na letra “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, há de entender-se como compreendendo o próprio Superior Tribunal de Justiça”(REsp n.74.370/ES, 3ª Turma do STJ, Diário da Justiça de 20 de novembro de 1995)¹⁷.

1.5.1 Lesividade

Pressuposto necessário para todos os recursos.

¹⁵ AgRg no Ag930. 812/SP, Relator ministro Herman Benjamin, DJ de 31.10.2008

¹⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5ª edição atualizada de acordo com a lei n.11.636, de 2007, regulamentada pela Resolução n.1, de 2008. editora saraiva. p.704.

¹⁷ Ibid,página 704.

Administrativo e Processual Civil – Ação de Desapropriação Por Interesse Social – Área Situada Na Faixa De Fronteira – Violação Do Artigo 535 do CPC – Fundamentação Deficiente – Súmula 284 do STF – Discussão Acerca Do Domínio do Imóvel – Impossibilidade – Fixação De Justa Indenização – Ausência De Interesse Recursal – Falta De Prequestionamento – Súmula 211 STJ.

[...]

3. Descabe recurso especial sobre questão em que não houve sucumbência do recorrente. Ausência de interesse recursal, pressuposto recursal genérico.

[...]

4. Recurso Especial não conhecido.¹⁸

1.5.2 Tempestividade

Todo recurso deve obedecer aos prazos previstos em lei, porém a jurisprudência da corte é seguidora do seguinte pressuposto:

a) A certidão de Tribunal local apontando apenas a tempestividade do recurso não é hábil a suprir a prova quanto à existência de feriado estadual ou municipal;

b) A assertiva contida em decisão de admissibilidade, no sentido de ser tempestivo o recurso, não supre a necessidade de se comprovar cabalmente a suspensão do expediente forense por ato normativo local;

c) Somente as suspensões de prazos decorrentes de feriados nacionais ou leis federais dispensam a comprovação;

d) O ato de governo local, ou do tribunal *a quo*, que suspende os prazos forenses deve ser comprovado no momento da interposição do recurso;

e) A justiça federal diferencia-se do poder judiciário federal. Aquela é regulada pelo artigo 106 da Constituição Federal e composta por tribunais regionais federais e juízes federais. O poder judiciário federal é o mantido pela União, do qual fazem parte o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, demais Tribunais Superiores, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Justiça Militar Federal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e a própria Justiça Federal. Assim os recursos oriundos da justiça

¹⁸ REsp 704.013/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007

federal dispensam comprovação dos feriados previstos na lei 5.010/66, que, nos termos do artigo 62, são: os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive; os dias da Semana Santa, a lei 11.697/2008, publicada em 16/6/2008 – estabelece os dias que são feriados.¹⁹

f) Os recursos oriundos da justiça do Distrito Federal interpostos até o dia 16 de junho de 2008, inclusive, dispensam a comprovação dos feriados mencionados.

g) Quarta-feira de cinzas, de regra constitui dia útil por uma razão simples, nos termos do artigo 184,§1º, III do CPC, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que o expediente forense for encerrado antes da hora normal. Ordinariamente, se há alguma alteração no expediente forense, na quarta feira de cinzas, é no sentido de iniciar-se mais tarde, circunstância não excepcionada pela lei processual.

Agravo de Instrumento. Tempestividade. Feriado Local. Comprovação. Ausência de Peça Imprescindível. Juntada Posteriormente. Inadmissibilidade. Preclusão Consumativa.

I - Nos casos de feriado local, por força de lei estadual ou ato do presidente do tribunal respectivo, a tempestividade do recurso interposto, aparentemente, fora do prazo, deve ser comprovada com a juntada, no momento da interposição, de cópia da lei ou ato gerador da suspensão do prazo, ou ainda, de certidão de quem é de direito, servidor do tribunal de origem.

1.5.3 Regularidade Formal

A lei exige também a forma de interposição de cada recurso, onde será necessário ou não da petição escrita, a fundamentação para cada tipo recursal, a necessidade de assinatura do advogado, as peças para instrução do recurso.

Alguns Precedentes:

¹⁹ Artigo 60. Será considerado feriado forense o período compreendido entre 20 de dezembro e 6 de janeiro.[...].§3ºAlém dos feriados em lei, também serão considerados como feriado forense pela justiça do Distrito Federal e dos Territórios. I – os dias da semana santa, compreendidos entre a quarta-feira e o domingo de páscoa. II – os dias 11 de agosto, 1 e 2 de novembro e 8 de dezembro.

Agravo Regimental não conhecido.²⁰

Processual Civil – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Instrução Deficiente – Cópia da Certidão de Intimação do Acórdão Proferido Nos Embargos De Declaração Ilegível – Impossibilidade De Aferição Da Tempestividade.

1. Compete ao agravante instruir adequadamente o agravo de instrumento, trasladando as peças obrigatórias e essenciais, de modo a possibilitar a verificação dos pressupostos de admissibilidade, inclusive a tempestividade do recurso especial que pretende viabilizar.

2. Impossibilidade da juntada posterior da peça, por absoluta falta de previsão legal.

3. O juízo de admissibilidade do recurso especial feito na instância de origem não vincula esta Corte, onde é feito um novo exame dos requisitos do agravo de instrumento.

1.5.4 Preparo

Pagamento prévio das despesas necessárias ao processamento do recurso.

A lei n.11.636, de 28 de dezembro de 2007, dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de justiça, dando ensejo a resolução número 1, de 16 de janeiro de 2008, entrando esta em vigor em 27 de março de 2008.

Contudo devemos ressaltar que o artigo 3º trata do recolhimento das custas judiciais e do porte de remessa e retorno que será realizado mediante guia de recolhimento da união.

No julgamento abaixo a Corte se pronuncia acerca de embargos de divergência em se tratando de recurso especial:

Agravo Regimental Decisão Que Negou Seguimento A Embargos de Divergência. Ausência De Pagamento de Custas. Lei 11.636/2007. Resolução n 001/2008. Agravo Não Provido.

1. Não se conhece dos embargos de divergência interpostos sem o pagamento das custas, em flagrante inobservância ao que determina a lei 11.636, de 28 de dezembro de 2007, que dispõe sobre as custas

²⁰ AgRg no REsp 672.410/SC, Relator ministro Paulo Gallotti, DJ de 25.9.2006

judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e à Resolução n. 001/2008.

2. Não se pode alegar desconhecimento da lei, especialmente se o recurso foi interposto em 10 de maio de 2008, quase seis meses após a publicação da norma legal.

3. As novas regras que disciplinam o pagamento de custas judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em nada alteram o Regimento Interno do STJ, já que cuidam de questão estranha à matéria que deve ser disciplinada regimentalmente.

4. Agravo regimental não provido.²¹

1.6. Pressuposto Específico do Recurso Especial

O Recurso especial apresenta peculiaridades já que se trata de um recurso excepcional, exigindo requisitos bem específicos para sua admissão e conhecimento.

1.6.1 Decisões Proferidas por Tribunal

O artigo 105, III caput, da Constituição Federal destaca que somente serão objeto de recurso especial as decisões proferidas em única ou última instância pelos Tribunais.

Ficando assim afastada as causas impugnadas por meio de embargos infringentes, decididas pelo juízo monocrático, conforme a lei 6830/1980.

O mesmo se aplica para as decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais, federais ou estaduais. Nesse caso tem-se a: Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça, citando que: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida [...] por órgão de segundo grau de juizados especiais”.

Apenas nas causas em que haja manifestação de Tribunal da Federação será possível a utilização do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

²¹ AgRg nos EREsp 849.273/RS, Relator ministro Castro Meira, DJ de 13.10.2008

1.6.2 Matérias de Direito Federal

Não serão analisadas através de recurso especial as que envolvam direito estadual ou municipal, na Constituição Federal estar expresso todo o campo de incidência do recurso excepcional, tal qual seja a interpretação ou aplicação da legislação infraconstitucional federal.

Em se tratando de lei federal o cabimento de recurso especial, é uma expressão que engloba: a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal;

Diplomas ou instrumentos normativos, uma vez desatendidos, não são objetos de análise em recurso especial. Não caberá recurso especial por ofensa ao dispositivo constante de portaria, instrução normativa, resolução, decreto-legislativo, parecer normativo dentre outros.

Não caberá recurso especial por violação a regimento interno de tribunal. De acordo com orientação já consolidada na súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, Súmula 399: “Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”.

Quando falamos em recurso especial, não se pode aceitar tão somente a sucumbência, tendo que ser demonstrada também a existência de uma causa decidida em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou tribunais de justiça.

Processual Civil. Locação. Agravo Regimental No Agravo de Instrumento. Morte do Cônjuge – Fiador. Responsabilidade da Viúva Que Também Figurou No Contrato Como Fiadora. Existência De Simples Outorga Uxória. Aferição. Interpretação De Cláusula Contratual. Impossibilidade. Súmula 5 do STJ. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 do STF e 211 do STJ. Dissídio Jurisprudencial Não Comprovado. Ausência De Similitude Fática Entre O Acórdão Recorrido E Os Paradigmas. Agravo Regimental Improvido.

1. O Superior Tribunal de Justiça, além do exame do direito das partes, realiza controle da legalidade do julgamento proferido pelo Tribunal *a quo*. Eventuais equívocos verificados nas instâncias inferiores, decorrentes do mau entendimento ou da má interpretação dos fatos da causa, ou da vontade das partes no ato de contratar, são questões que não propiciam acesso à Corte Superior, devendo a

alegada ofensa a direito federal ser analisada partindo-se do suporte fático fornecido pelo Tribunal de segunda instância. Por esse motivo é que a pretensão de simples reexame de matéria de fato ou de cláusulas contratuais não enseja recurso especial.

2. Hipótese em que, tendo o Tribunal de origem firmado a compreensão de que a co-agravante teria assinado o contrato de locação na condição de fiadora, e não apenas como anuente, infirmar tal entendimento demandaria a interpretação de cláusula contratual, inviável em sede de recurso especial, nos termos da súmula 5 do STJ.²²

1.6.3 Exaurimento das vias recursais ordinárias

Merece atenção *conditio qua non* o prévio exaurimento das vias ordinárias para a interposição do recurso especial.

Acontecendo da parte não utilizar, no decorrer do processo, do recurso cabível para a reforma da decisão, não poderá interpor o recurso especial.

Processual Civil. Recurso Especial. Pressuposto de Admissibilidade. Exaurimento das Vias Recursais Ordinárias. Inocorrência. Embargos Infringentes. Necessidade Oposição. Aplicação da Súmula 207 do STJ. Agravo Interno Desprovido.

I - A Constituição Federal, em seu artigo 105, III, dispôs que cabe 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 Territórios [...].

II - Da expressão única ou última instância, depreende-se que o recurso especial apenas é cabível quando restarem esgotados as vias recursais ordinárias, em razão de sua finalidade de preservação da legislação federal infraconstitucional.

III - Tendo o acórdão recorrido, por maioria de votos, reformado a sentença monocrática, sem que houvesse oposição de embargos infringentes, inviável a abertura da via especial, ante o não exaurimento das instâncias ordinárias, consoante o disposto no enunciado da súmula 207 do STJ.

IV - Agravo interno desprovido.²³

Quanto aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pode ser observado que jamais será realizada em abstrato, mas singularmente, no

²² AgRG no Agravo de Instrumento, Relatora – Ministra Laurita Vaz – Recurso Especial n.705-072-SP

²³ AgRg no AG 859.622/MG, Relator ministro Gilson Dipp, Dj de 6.8.2007.

caso concreto, contrariando de alguma lógica de objetivo imposto do artigo 543 C do CPC.

No julgamento do recurso especial repetitivo, caberá à Seção competente estabelecer corretamente as questões de direito do caso concreto, na medida em que estas é que estão relacionadas à matéria de fundo do recurso especial, tratando na verdade do mérito da questão.

Esse quesito é que de fato identifica a controvérsia, que determinará a existência ou não de multiplicidade de recursos.

Na falta de qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial impõe óbice intransponível à apreciação do mérito, de maneira que, em relação aos temas não conhecidos, não se há de falar em efeitos externos do recurso.

Quando ressaltamos que o pressuposto de admissibilidade do recurso especial não é realizado em abstrato, mas singularmente, no caso concreto, contrariando a lógica de objetivação imposta pelo artigo 543-C, os doutrinadores Teresa Arruda Alvim e José Garcia Medina, na revista de processo de número 159 nas páginas 216 – 217 destacam que:

Em relação ao sobrestamento de recursos extraordinários, o § 2º do artigo 543 C, estabelece que, decidindo o STF no sentido da inexistência de repercussão geral, os recursos cuja tramitação ficou suspensa, considerarem-se automaticamente não admitidos. Observa-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante, quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral, deverá o órgão *a quo*, portanto, ater-se ao que tiver deliberado o STF a respeito. O mesmo, porém, não ocorre em relação aos recursos especiais selecionados, não importará, necessariamente, na inadmissibilidade dos recursos especiais sobrestados.

De forma geral, é de competência da Turma a apreciação de pontos que não foram afetados pelo ministro relator, ou seja, sobre os quais não repousa multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Nesse sentido quando nos deparamos nas regras de interpretação pelas quais deva ser suscitado o juízo de admissibilidade do recurso especial, destaco o questionamento de Dworkin.

Dworkin (1995) em sua tese de examinar o direito como unidade, propõe ao juiz trabalhar com um sistema jurídico integrado de regras e princípios, no qual se podem extrair sempre as melhores soluções para os *hard cases*.

Destaca que os juízes devam considerar o sistema de direito, interpretando com justiça e equidade, de modo a extrair a melhor interpretação para o caso concreto, e essa devendo ser complexa, trazendo das leis passadas, o melhor resultado possível.

A teoria de Dworkin trazia que o juiz não podia ser neutro nos julgamentos, porém devendo ser considerados *standards* elaborados previamente, de acordo com a equidade, para afastar, quanto possível, suas convicções pessoais. Desconstruindo a teoria positivista, pois apoia o julgador para, na ausência de regra visando à solução da questão, valer-se do próprio sistema para solucioná-la, mantendo-lhe a integridade dos princípios fundamentais.

No tocante à política de aplicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, sem deixar de relevar a necessária jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça onde cria filtros ao recurso especial, sob pena de inviabilizar o funcionamento do próprio tribunal, é preciso ressaltar a advertência do Ministro Barbosa Moreira, citando que:

O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento. (MOREIRA, Joaquim Barbosa. Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos, revista *ajuris*, volume 32, n.100, dezembro de 2005, p. 187-188).

Pressupostos de admissibilidade negativos são os ditos fatos impeditivos e fatos extintivos do direito de recorrer que pode haver de fato.

O fato impeditivo é a desistência do recurso quando ele já tiver sido interposto. A desistência do recurso pode ser verificada desde que o recurso seja interposto até o início de seu julgamento.

Por fatos extintivos é entendido pela renúncia ao recurso ainda não interposto e a aquiescência à decisão. A renúncia é a abdicação do direito de recorrer. Já a aquiescência é a concordância com a decisão, tal qual proferida, é significativa de algum comportamento da parte incompatível como direito de recorrer, que pode ser expresso ou tácito.

1.7. Prequestionamento – Seu Significado

Dentre os requisitos específicos para o cabimento do recurso extraordinário, um dos que mais causam controvérsias é o da exigência de que conste na decisão recorrida à matéria objeto do recurso, o real significado do termo prequestionamento.

Essa exigência decorre da própria função do recurso especial no sistema processual e na atividade da jurisdição.

Visando controlar a constitucionalidade e a legalidade das decisões judiciais proferidas em certos casos especificados na Constituição da República, proporcionando ao poder judiciário estadual ou federal ordinário a segurança para que interpretem e apliquem as normas nacionais com uniformidade e correção.

Mesmo não sendo tão expressamente tratado nas doutrinas e até mesmo pela jurisprudência, o prequestionamento deflui da própria natureza do recurso especial e da previsão constitucional do seu cabimento.

O recurso especial estar voltado ao interesse público diante da prestação jurisdicional conferida pelo poder judiciário dos entes federados, verificando-se o respeito das normas federais como forma de fortalecer a unidade da federação.

Na verdade ele não busca reapreciar a causa como um todo, mas verifica a legalidade da fundamentação da decisão recorrida, quando lastreada em norma federal.

Mesmo porque para que a Corte *ad quem* possa analisar se as instâncias interpretaram com acerto as normas nacionais ditas violadas pela recorrente, necessário que o *decisum* impugnado tenha adotado como motivação o conteúdo normativo dos dispositivos invocados como desrespeitados.

Para Humberto Theodoro Junior:

Categoricamente quanto à questão constitucional não pode ela ser suscitada originariamente no próprio recurso extraordinário. O apelo extremo só será admissível se o tema nele versado tiver sido objeto de debate e apreciação na instância originária.²⁴

Orientação dominante em sede jurisprudencial dos tribunais superiores:

O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévia pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional, e se o tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. – STF – 2º Turma, Agrag 277.229 – RJ – Relator ministro Marco Aurélio – 06/03.2001, DJU 18.05.2001.

O prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida acerca do tema, considerado com ônus atribuído à parte.

Porém essa corrente gera tamanha controvérsia, quer seja na doutrina, quer na jurisprudência, uma vez que essa corrente trata do dispositivo constitucional ou lei federal que se afirma violado devendo ser expressamente mencionado na decisão recorrida, ou para a configuração da questão constitucional seja o suficiente que a matéria ou tese tenha sido apenas levantada e discutida, mesmo que não tenha sido mencionada, sendo

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 39ª edição. volume 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.562.

entendidos por estes que a questão constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale ao prequestionamento em se tratando das partes, o qual deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida com fins de abrir caminho à admissibilidade de recurso excepcional que se pretenda interpor no futuro.²⁵

Esse posicionamento reforça a tese de que o prequestionamento é, portanto atividade das partes e não do tribunal *a quo*, ocorrendo antes da decisão recorrida e não nela propriamente dita.

Nesse sentido o prequestionamento não é essencial para a interposição do recurso extraordinário ou especial, desde que a questão federal ou constitucional surja no acórdão recorrido.

Fundamenta esse posicionamento Nelson Nery Junior:

O prequestionamento é apenas um meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciado pelo STF ou STJ, no julgamento não é verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais. O verdadeiro requisito de admissibilidade do RE e REsp é o cabimento, que só ocorre quanto às matérias que tenham sido efetivamente decididas pelas instâncias ordinárias. Causa decidida é manifestação específica do requisito genérico de admissibilidade denominado cabimento do recurso. O prequestionamento é apenas meio para chegar-se a esse fim.²⁶

Entendimento considerado majoritário em sede doutrinária.

Nesse sentido temos:

Thetonio Negrão (2006) Prequestionamento quer dizer questionamento antes, apresentação do tema antes do julgamento, e não depois.²⁷

Fernando da Costa Tourinho Filho:

Prequestionar é questionar antes, é tratar com anterioridade. Assim, é preciso que a parte, no recurso interposto contra uma decisão de 1º

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, p. 287.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo. volume 4, editora revista dos tribunais, 2001, p. 853 – 864.

²⁷ Da Silva, José Afonso. *Recurso extraordinário*. Revista dos Tribunais, v. 6, 1999, p. 246.

instância, cuide, de modo expreso, da matéria que, eventualmente, possa servir de fundamento à interposição do recurso extraordinário.²⁸

O prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.

Defende que o prequestionamento seria ato da parte, seguido necessariamente de uma manifestação jurisdicional. Essa corrente não encontra muitos adeptos, tanto jurisprudenciais como doutrinários, no entanto, importante destacar o que cita Antônio Carlos Marcato. “O questionamento viabilizador dos recursos constitucionais deve ocorrer desde a petição inicial.” (consoante notícia Carlos Renato de Azevedo Ferreira).²⁹

José Miguel Garcia Medina cita sobre o prequestionamento:

A exigência do prequestionamento é antiga. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado pelo Superior Tribunal Federal era no sentido da necessidade de prévio questionamento da lei federal na instância local. Aludiam-se então, que incorrendo o prequestionamento – então concebido como questionamento realizado pelas partes antes do proferimento da decisão passível de impugnação pelo recurso extraordinário-, determinar-se-ia o não conhecimento do recurso extraordinário. Assim, a utilização do termo prequestionamento surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância inferior. Posteriormente o entendimento acerca do prequestionamento evoluiu, tendo sido exaradas manifestações jurisprudenciais no sentido de que há prequestionamento quando a decisão recorrida tiver adotado entendimento explícito sobre o tema de direito federal. Nesse caso o prequestionamento estaria na decisão recorrida, não sendo decorrência da anterior postulação das partes perante o grau inferior. Esses entendimentos, ulteriormente, foram conjugados, havendo atualmente na jurisprudência decisões que se manifestam no sentido de que o prequestionamento é a manifestação da parte na instância inferior somada à decisão de referida instância.³⁰

Para o Ministro Eduardo Ribeiro:

²⁸ Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 408.

²⁹ Medina, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinários e especial*. 3ª edição. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, p. 205.

³⁰ Medina, José Miguel Garcia *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinários e especiais*. In. __. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 225.

O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso sim defluiu da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional. Vale insistir. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que cabível extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, e para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule à provocação da parte, antes do julgamento. O entendimento jurisprudencial de constar a discussão decisum impugnado transformou-se na súmula 282/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada.³¹

Entretanto dentre as doutrinas analisadas o prequestionamento é requisito indevido para conhecimento do recurso, porquanto teria sido criado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores como forma de simplificar e reduzir o número de processos nesses Pretórios, em razão da grande quantidade de feitos que atinjam todos esses tribunais.

Essa diretriz é a que mais estar sendo adotada sob o pretexto, de conseguir desafogar o grande serviço desses Tribunais. Outras iniciativas devem no decorrer do tempo ser adotadas para que impeça o julgamento dos feitos, aumentando dessa forma a quantidade de atividades aos órgãos judiciários, prevalecendo o aspecto formal antes do conteúdo, modo este de proferir julgamento sobre a matéria básica e fundamental.

Havendo o prequestionamento é bem melhor para o tribunal competente, porém caso não, nem por isso a mácula séria deverá subsistir em nome da lesividade que o fato possa gerar. É mais importante a tentativa de reparar erro nas decisões inferiores do que preocupar-se com situação até certo ponto considerada secundária.

A finalidade do recurso é de sanar um erro na decisão atacada ou mantê-la, dando-lhe mais força para que seja executada.

O prequestionamento não deverá ter influência decisiva na solução do processo, obstando o andamento normal com o julgamento final do tema debatido.

³¹ Ribeiro, Eduardo. *Prequestionamento*. In *Recursos cíveis de acordo com a lei n.9756/98*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 248-249.

A provocação das partes é a manifestação expressa destas para que os órgãos judiciários, seja de primeiro grau, sejam do tribunal das ações originárias ou em fase recursal, consideram ainda que no julgamento da causa, determinada questão federal os dispositivos legais especificados, porquanto estes e a interpretação apontada seriam corretas e imprescindíveis para o justo deslinde da controvérsia em julgamento.

As partes devem indicar a questão federal, bem como seus artigos de lei nas razões ou contra-razões de apelação ou agravo (instrumento ou retido) e no curso da ação originária em tribunal, a fim de exigir que essa questão, eleita essencial pela parte, seja obrigatoriamente apreciada pelo aresto a ser proferido na solução da demanda.

Caso deixemos de fazer o tribunal ordinário não restará responsável do dever de considerar aquela questão como sendo essencial para a solução do litígio, ficando dessa forma uma situação preclusa.

Questão importante de ser ressaltada é quando o tema versado no recurso especial foi ventilado no voto vencido no julgamento *a quo*.

A rejeição da fundamentação aduzida pela minoria demonstra a efetiva consideração pelo tribunal local dos dispositivos legais indicados no voto vencido, rejeitando-os. Nesse caso o prequestionamento analisa e opera interpretativamente a respeito de tais dispositivos para o desfecho da controvérsia.

A questão do prequestionamento deve ser tratada em dois sentidos, uma pela consideração da dicotomia em destaque, em decorrência de existir, ou não, expressa menção do dispositivo legal apontado como violado no acórdão recorrido, e o outro considerando implicitamente prequestionado o ponto controvertido suscitado em primeiro grau e nas razões de apelo, porém não constante do aresto de segundo grau, mas cujo resultado importa na rejeição do fundamento.

Explícito seria a rejeição expressa da questão controvertida.

A necessidade de menção da questão federal na decisão recorrida implica saber se essa referência consiste na manifestação sobre determinada matéria regulada por lei federal, ou se traduz a necessidade de constar

expressamente o dispositivo legal nacional utilizado na solução da controvérsia.

Processo Civil – Recurso Especial – Prequestionamento Implícito – Embargos Acolhidos – O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado” (STJ – Corte Especial; Embargos de Divergência em Recurso Especial n.162.608-SP- Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; j. 16.06.1999, volume único).³²

Segundo o Ministro Cesar Rocha:

Ante a nova orientação traçada pela Corte Especial, tem-se aceito o prequestionamento implícito. Contudo, tal só se dá quando o tema cogitado no especial tiver sido efetivamente debatido e decidido, pelo Tribunal Local, com tão contundente ênfase e tão forte nitidez que a olhos desarmados se perceba qual o dispositivo legal que se tratou, mesmo que ainda não referenciado, o que seria enveredar pelo formalismo exacerbado.³³

No entanto o Supremo Tribunal Federal concorda do prequestionamento se este for numérico, explícito ou ficto, não se admitindo a ocorrência implícita, assim vejamos esse julgado:

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Trabalhista. Horas *in itinere*. Limites da Coisa Julgada. Ausência de Prequestionamento (súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal). Matéria Infraconstitucional. Ofensa Constitucional Indireta. Agravo Regimental Ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido de que o prequestionamento da matéria constitucional deve ser explícito. 2. As alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. aplicação do artigo 557, § 2º, com os artigos 14, incisos II e III, e 17, inciso VII, do Código de Processo Civil. (AI 742788 AgR, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe- 113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19-06-2009 EMENT VOL 02365 – 14 PP – 02889).

Segundo José Miguel Garcia Medina o prequestionamento se daria em relação às matérias de conhecimento obrigatório pelo tribunal de segundo grau,

³² Boletim AASP n.2148, página 1313-j

³³ EDREsp 43.232,DJU,29-5-2000

independentemente da manifestação das partes (de ofício). Essa circunstância, todavia, não excluiria o prequestionamento explícito.³⁴

Contudo só serão devolvidas ao Superior Tribunal de Justiça as matérias impugnadas na forma específica que tenham sido também decididas pelo acórdão recorrido, mesmo as de ofício.

De qualquer forma a regra é que a exigência do prequestionamento explícito, com a correspondente menção dos artigos de lei federal aos quais alude o recurso especial, é necessária a interposição de embargos declaratórios, utilizando da possibilidade de aceitação do prequestionamento implícito que serão casos excepcionais.

Processual Civil – Prequestionamento Explícito – Citação dos dispositivos violados – Desnecessidade.

Para implementar a exigência do prequestionamento não é necessária a citação do dispositivo legal tido como vulnerado, sendo suficiente o exame da questão federal nele contida. O prequestionamento deve ser explícito, mas da questão federal. Embargos recebidos – (ERESp 169.414, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU, 28/6/1999).

“Não obsta o conhecimento do recurso a falta de menção, pelo acórdão, de determinado dispositivo legal, se a questão jurídica foi enfrentada” (REsp 106.671, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJU, 14/4/1997).

Para que o requisito de admissibilidade do prequestionamento esteja satisfeito, é dispensável a menção expressa, por parte do tribunal *a quo*, do dispositivo legal tido por violado pelo recorrente especial. Basta que a corte de apelação tenha apreciado e solucionado a questão federal agitada no recurso excepcional. (RSTJ 120/170).

A discussão acerca da exigência do prequestionamento tem um cunho político. A exigência do prequestionamento, *per se*, encontra amparo na própria lógica dos recursos extraordinários. Sua exigência na forma explícita, como requer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, serve como instrumento de rápida solução dos milhares de recurso encaminhados àquele Excelso Pretório, sem a apreciação do respectivo mérito, do que como um reflexo consistente entendimento sobre um requisito lógico necessário para o cabimento do recurso especial.

³⁴ Medina, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição. atualizada e ampliada. São Paulo. editora revista dos tribunais, 2002, página 238.

Na exigência do prequestionamento explícito, estranho seria se o Superior Tribunal de Justiça trilhasse o mesmo sentido da Corte Maior, no entendimento desse pretório sobre o tema. A principal razão de sua criação foi a de justamente aumentar o acesso dos jurisdicionados à instância extraordinária, porquanto o direito federal, na prática, havia tido sua proteção relegada ao segundo plano, por questões de ordem material e prática, pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante ressaltar na questão prequestionamento que a efetiva manifestação judicial a respeito da interpretação e da aplicação de lei federal à solução da controvérsia, mesmo que a decisão recorrida não transcreva o número ou o teor do dispositivo legal utilizado para julgar a causa, existindo no aresto atacado, a questão federal apontada no recurso especial.

E não havendo a concessão da apelação do acórdão recorrido, logo será deserta, estará atendido o requisito do prequestionamento em eventual recurso especial que alegue violação do artigo 511 do Código de Processo Civil, não obstante tal dispositivo não esteja expressamente registrado no aresto recorrido, visto que o tema jurídico nele versado – deserção – consta e está diretamente relacionado ao artigo de lei apontado como violado pelo recorrente.

Na seara doutrinária há quem defenda que o prequestionamento é ato da parte e não do órgão julgador, afirma que o que parte da doutrina defende ser prequestionamento implícito ou explícito relaciona-se, na verdade, à existência da questão constitucional ou federal, porquanto esta é que deverá estar presente na decisão, para efeito de cabimento do recurso extraordinário ou do recurso especial, e que a exigência de menção expressa à norma violada é descabida, ou seja, se alguma questão fora julgada, mesmo que não seja mencionada a regra de lei a que esta sujeite, é claro que estamos tratando de matéria questionada isso sendo o bastante.³⁵

Outra corrente a discussão é quanto à possibilidade do chamado prequestionamento implícito, importante a efetiva manifestação judicial causa

³⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3º edição. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, página 321.

decidida, mesmo sentido no aspecto do enunciado n. 320 da súmula de jurisprudência predominante do STJ, onde quando contrário o prequestionamento, a matéria tratada no voto vencido, tenha recebido igualmente a atenção dos votos vencedores, ainda que em sentido divergente.³⁶

E os que são favoráveis ao que defende o Supremo Tribunal Federal, argumentam ser a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retira do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias, a fim de que o recurso cumpra o seu objetivo.³⁷

1.7.1 Prequestionamento Perante Terceiros.

O posicionamento doutrinário é no sentido de que o terceiro deve submeter às mesmas regras processuais. As vias recursais que se abrem ao terceiro prejudicado são sempre e apenas as mesmas concedidas às partes, não existindo recurso que o terceiro interponha, nem recurso de que disponham as partes e se negue em tese ao terceiro.³⁸

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro Cunha também acreditam nesse posicionamento de Barbosa Moreira.

Sendo o prequestionamento inerente aos recursos especial e extraordinário, deve o terceiro recorrente a ele sujeitar-se, aqui se mostra claramente quão equivocada é a concepção do prequestionamento como ato prévio da parte; se assim fosse, jamais o terceiro poderia interpor estes recursos, por não ter prequestionado, pela simples circunstância de que, até aquele momento, não participava do feito.³⁹

Para o doutrinador Medina:

³⁶ CARNEIRO, Leonardo da Cunha; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7ª edição, 2008, editora juspodium, página 263.

³⁷ Op. Cit. p. 264.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, volume V, n.163, editora forense, Rio de Janeiro, página 262.

³⁹ CUNHA, Carneiro da, Leonardo ; DIDIER. *Curso de Direito Processual Civil*, 7ª edição, editora juspodium, página 265.

A ausência de citação de litisconsorte necessário é vício grave e que a Constituição Federal não autoriza a interposição do recurso extraordinário ou do recurso especial apenas com base em tal alegação, a não ser que tal questão reste julgada na decisão recorrida, para tanto deve valer-se da interposição de embargos de declaração, pelo terceiro prejudicado, de modo que, não sendo cabível o recurso de embargos de declaração, para se suprir a omissão identificada na decisão, não cabe recurso extraordinário ou recurso especial, pois tal solução, data vênica de entendimento diverso, viola a Constituição Federal.⁴⁰

1.7.2 Interpretação Jurisprudencial Atual

A atual jurisprudência do STJ e do STF mantém posicionamento divergente quanto à ocorrência, modo de realização e forma do prequestionamento.

Decisões do STJ

Processual Civil – Violação do Artigo 535 do CPC – Não Caracterizada – Falta de Prequestionamento – Súmula 211 do STJ – Embargos de Declaração – Erro Material – Denúncia Espontânea – Acolhimento Com Efeitos Infringentes. 1. Aplicável a Súmula 284 do STF quando o recorrente aponta violação do artigo 535 do CPC, sem indicar com precisão e clareza as teses e os dispositivos de lei federal sobre os quais o Tribunal de origem teria sido omissivo. 2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial – Súmula 211 do STJ. 3. Constatada a existência de erro material no acórdão embargado, no que se refere às premissas fáticas adotadas pela instância ordinária, no sentido de que o contribuinte efetuou o pagamento do tributo antes mesmo de declará-lo em DCTF, merecem acolhidos os embargos de declaração. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes ao julgado, para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, cancelando a denúncia espontânea reconhecida pelo Tribunal de origem. (EDcl nos EDcl no REsp 877.720/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009).

2. Prequestionamento no Recurso Especial

2.1 A Flexibilização

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, página 350.

O prequestionamento ainda é polêmico e bem divergente, dentre as divergências, a de que não se trata de requisito de admissibilidade e sim de requisito de cabimento dos recursos excepcionais.

Sendo assim, surge na doutrina e na jurisprudência a defesa para uma uniformidade jurisprudencial, em especial para a flexibilização do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais.

No STJ, decisão bastante incisiva e enérgica, que defende a uniformidade de interpretação pelas turmas e ministros, fora manifestada, de forma a contrariar a jurisprudência destacada da referida Corte:

Processual Civil – STJ – Jurisprudência – Necessidade De Que Seja Observada. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o poder judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observamos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. “Melhor será extingui-la.” (AgRg nos EREsp 228432/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 01/02/2002, DJ 18/03/2002, página 163).

2.1.1 Posicionamento acerca da flexibilização

Medina (2003):

[...] se é possível a flexibilização do entendimento acerca dos requisitos recursais, pensamos que semelhante orientação deve ser aplicada a todos os outros recursos especiais pendentes de julgamento, e não a um ou outro recurso, de acordo com aparente relevância do tema objeto do recurso.⁴¹

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento no recurso extraordinário e especial*. 3ª edição. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, página 396.

No mesmo sentido, de defesa da flexibilização do prequestionamento, temos a ministra Ellen Gracie, em decisão unânime, constante do informativo nº 365 do STF:

Agravo Regimental Em Agravo de Instrumento. Servidores Do Município De Porto Alegre. Reajuste De Vencimentos Concedido Pela Lei Municipal 7.428/94, Artigo 7º, Cujá Inconstitucionalidade Foi Declarada Pelo Pleno Do STF No RE 251.238. Aplicação Deste Precedente Aos Casos Análogos Submetidos À Turma Ou Ao Plenário – Artigo 101 do RISTF. 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte *a quo* tão somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que impugnava o artigo 7º da lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre – cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta à simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal *a quo* da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o *leading case*. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça Estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos *erga omnes*. Esta decisão, por força do artigo 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 4. “Agravo regimental provido”. (AI 375011 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00043 EMENT VOL – 02170-02 PP 00362.

A decisão relatada pela ministra fora objeto de análise pela doutrina de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha onde ressalta que:

A idéia de que a flexibilização do prequestionamento deve ser aplicada não apenas no Recurso Extraordinário, de âmbito do STF, mas estendido, principalmente ao Recurso Especial, de competência do STJ, quando houverem questões já debatidas e decididas acerca de objeto do mérito dos referidos recursos, visto que, acerca dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, só ao Supremo Tribunal Federal compete interpretar, por ser a referida Corte a Guardiã da Constituição Federal, não cabendo, assim, ao Superior Tribunal de Justiça realizar o controle ou a flexibilização das normas constitucionais, conforme bem expressa a doutrina do grande doutrinador Scarpinella Bueno, que expressa:

O que é de ser destacado aqui agora é que, enquanto não houver um consenso a respeito do que é prequestionamento, como ele se manifesta perante os jurisdicionados e qual o papel dos embargos de declaração para a fase recursal extraordinária e especial, o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça resta seriamente comprometido. Enquanto for difícil responder à questão o que é e como se dá o prequestionamento. Enquanto não houver uma segura uniformidade de entendimentos acerca deste tema, o acesso àqueles dois tribunais é mais ilusório do que real. É mais declaração

de direito do que uma efetiva garantia de direitos constitucionalmente prevista. Trata-se, inegavelmente, de um caso em que a forma parece estar suplantando – e em muito – o conteúdo. Impõe-se, assim, mais do que nunca que o Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição e, pois, do alcance dos artigos 102, III e 105 III, da Constituição Federal diga o que é ou o que deve ser entendido por prequestionamento se a iniciativa das partes; se o conteúdo da decisão recorrida ou se uma junção destas duas vertentes se é pertinente para sua identificação o número do dispositivo constitucional ou legal que se pretende impugnar, em que condições a decisão deve dizer que está rejeitando as arguições das partes e, enfim, definir quais os parâmetros que devem ser empregados para a verificação de sua ocorrência, aí incluída a necessidade, ou não, e o papel dos embargos declaratórios, tudo para que os jurisdicionados possam saber, de antemão, se e como podem pretender alcançar as Cortes Superiores para a Uniformização do direito federal, constitucional e infraconstitucional, nos precisos termos dos artigos 102, III e 105 III, da Constituição Federal.

2.1.2 Retenção do Recurso Especial

O artigo 542 § 2º do Código de Processo Civil relata a retenção dos recursos especiais que não sejam processados de imediato, porém quando da subida dos autos principais nas seguintes hipóteses:

Artigo 542 omissi:

[...]§2º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para interposição de recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

O dispositivo desse artigo traça um objetivo de se evitar a proliferação de recursos em decisões interlocutórias, estendendo em demasia a solução do litígio, com repetidas análises sobre a mesma questão.

O artigo 105 da Constituição Federal também autoriza o cabimento do recurso especial em face de acórdãos decididos em única ou última instância pelos tribunais, o que afasta os acórdãos decorrentes de decisões interlocutórias.

Essa retenção ocorrerá com a juntada do recurso especial nos autos principais e haverá processamento apenas por ocasião da apreciação do recurso especial interposto nos autos principais.

A competência de quem poderá reter o recurso nos autos será do magistrado, este responsável pelo juízo de admissibilidade do recurso especial.

Portanto não será possível falar nesse recurso na forma retida em casos de apreciação de antecipação da tutela e liminares, nesses casos a retenção será passível de impugnação mediante agravo de instrumento ou ação cautelar inominada ao tribunal competente, tendo em vista a possibilidade do prejuízo irreparável ao pólo da ação que sucumbirá à decisão prolatada.

Haverá prejuízo quando o assunto for sobre a competência, valor da causa, decreto de falência, indeferimento da entrada de litisconsorte e da isenção de pagamento de custas processuais.

Na interposição do recurso principal, o recorrente deverá reiterar o pedido para a apreciação do recurso retido nos autos, ato imprescindível para o seu conhecimento e análise.

2.1.3 Efeitos da Interposição do Recurso Especial

Em regra será recebido no efeito devolutivo, conforme o artigo 542 § 2º do Código de Processo Civil, devendo o recorrido executar provisoriamente a decisão impugnada.

Artigo 542: Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões.

§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo. (*Vademecum acadêmico da rideel* – 10ª edição. 2010 – página 289)

Porém há casos em que a execução deverá ser paralisada, para que seja evitado dano irreparável ou de difícil reparação à parte recorrente.

Estando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, será concedida a suspensão dos efeitos da decisão até manifestação do Superior Tribunal de Justiça.

Em casos excepcionais resta assegurar a garantia constitucional que consta no artigo 5º XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da

apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, tendo por objetivo evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

2.1.4 Agravo da Decisão Denegatória de Admissibilidade

O Tribunal de origem não admitindo o recurso interposto, é cabível o agravo de instrumento para o próprio Superior Tribunal de Justiça, cujo prazo de dez dias, conforme artigo 544 do Código de Processo Civil.

O prazo para a fazenda pública é contado em dobro, conforme dispositivo constitucional em seu artigo 188 do Código de Processo Civil.

Esse agravo de instrumento não é o mesmo tipo de recurso previsto no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil, este deve ser instruído com as peças apresentadas por cada parte, devendo contar obrigatoriamente, sob pena de não se conhecido, cópias de acórdãos recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso não admitido, das contra razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, como cita o artigo 544 § 1º do Código de Processo Civil.

Essas cópias que são exigidas para interposição do agravo de instrumento poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

A petição de agravo é dirigida à Presidência do Tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. Ademais, o agravado será intimado, de imediato, para apresentar sua resposta no prazo de dez dias, podendo instruí-la com as cópias das peças que entender conveniente.

Após subirão os autos ao Superior Tribunal de Justiça, onde será processado conforme as regras estabelecidas em seu regimento interno, conforme determina o artigo 544 § 2º do Código de Processo Civil.

2.1.5 Recurso Especial - SÚMULA 7 DO STJ

O conteúdo das súmulas 7 e 279 do STF por si só não vão conseguir resolver inúmeros problemas do nosso ordenamento jurídico, já que sempre será possível traçar os limites da distinção entre fato e direito em se tratando do cabimento recursal. Porém ainda há casos em que realmente não se cogita a possibilidade de cabimento, é o caso onde existe a necessidade da dilação probatória, contra esses há os casos de nítido direito, como é ao verificarmos o *error in procedendo*, como bem destaca Barbosa Moreira:

Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão *a quo*. A singeleza dessa afirmação, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e questões de direito nem sempre é muito fácil de traçar com perfeita nitidez.⁴²

Portanto tanto quanto se tratar de cassação bem como da própria revisão, o que na verdade se julga na instância de superposição é o acórdão, e não integralmente o caso, assim sendo tudo que concerne à coerência da decisão atacada esta sob a possibilidade de reanálise.

Contudo não somente na parte estrutural da decisão poderemos encontrar vícios. A professora Teresa Arruda Alvim Wambier cita que:

O controle do juízo de fato, quando feito pela corte de cassação, não é exatamente o controle de uma pura estrutura lógica, a respeito da qual se pode declarar a legitimidade, prescindindo-a de analisar o seu conteúdo substancial, já que, se não levasse em conta todos os elementos concretos em que consiste e de que decorre o juízo não estaria, rigorosamente, controlando absolutamente nada.⁴³

Como superação da mera análise lógica, desejamos nos referir à própria base conceitual da decisão, o que já foi de alguma forma tratada quando abordamos o tema da classificação jurídica das provas. Levando em consideração que a sentença é um complexo silogístico que deve guardar alguma coerência – abstraindo-se aqui o

⁴² Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao processo civil*. 12ª edição. Rio de Janeiro. editora forense, página 593.

⁴³ Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*, São Paulo. editora revista dos tribunais, 2005, página 237-238. Cf. CALOGERO, Guido, *La logica* (...), página 188-189.

processo criativo do juiz – a posição na cadeia silogística ocupada pela questão mista acarreta diferentes conseqüências.⁴⁴

Ainda é minoritária a tese restritiva que leva às últimas conseqüências a palavra “revisão probatória”, a proibição de revisão probatória existiria somente como vedação do que já foi visto segundo esse ponto de vista e serviria de base fática para o acórdão de segunda instância. Partindo desse princípio, o STJ poderia modificar o acórdão recorrido se tivesse fundamentos fáticos ignorados em segunda instância, porém nos estudos realizados, essa tese não irá muito adiante.

No ensejo de fazer prevalecer à tese de que a vedação seria somente no tocante ao reexame, e não ao exame probatório – caso em que, diante do provimento do recurso especial, foi necessário avaliar prescrição antes irrelevante em face do acórdão de segundo grau.⁴⁵

Portanto a regra é que a limitação cognitiva da instância extraordinária está resumida à base empírica oferecida pela instância ordinária ao campo de análise do recurso especial.⁴⁶

A base empírica do julgamento será oferecida pelas instâncias ordinárias. (...) se o julgamento da causa condicionar-se ao exame de provas, para verificar quais os fatos a serem considerados, deve a matéria ser devolvida à apreciação do tribunal de origem.⁴⁷

⁴⁴ MARINONI, *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*. *Revista jurídica*, n.330, abril 2005, páginas 18-19. “A coerência lógica é interna à decisão, defluindo da adequação da motivação, ao passo que, muitas vezes, a decisão deixa de se relacionar de modo pertinente com a prova, seja por não considerar um fato provado, seja por admitir um fato não provado.”

⁴⁵ STJ, AR 579, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 15/4/96.

⁴⁶ “(...) A apreciação da questão referente à diminuição da capacidade laborativa, baseada nas provas produzidas e constantes nos autos, está adstrita às instâncias ordinárias. 2. Destarte, assentando o Tribunal *a quo* que a vítima teve reduzida sua capacidade para o trabalho pelo fato de ter seu olho esquerdo perfurado por estilhaço de projétil de arma de fogo, infirmar tal conclusão demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por força da Súmula 7 do STJ. (...)” – STJ, AGRG no AG 665.298, relator Ministro Luiz Fux, DJ 21/11/05.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Omissão Judicial e embargos de declaração*, São Paulo, editora revista dos tribunais, 2005, página 244.

Nesse sentido podemos encontrar inúmeros acórdãos na linha de que não pode ser verificado o interesse do recorrente em produzir novas provas.⁴⁸

Na qualificação jurídica dos fatos, é geralmente seguida a tese de José Afonso da Silva, que, embora reconheça impossível a separação entre fato e direito, limita-se a afirmar que o engano do juiz quanto ao regime jurídico aplicável a um fato é um erro de direito:

Se o juiz se engana na apreciação dos fatos, conduta, provas, erra na questão de fato; se na valoração de normas jurídicas positivas, aplicáveis aos fatos provados, seja na escolha delas, chamando a reger os fatos provados, seja na escolha delas, chamando a reger os fatos uma disposição legal, que absolutamente não os qualifica, seja negando a existência de uma lei existente, seja ainda admitindo a existência de preceito legal inexistente, comete erro na questão de direito.⁴⁹

Nas doutrinas a questão é bem ampla no sentido de que existem as divergências, assim vejamos alguns posicionamentos: Teresa Arruda Alvim Wambier: “Os problemas de interpretação da norma também podem colocar-se como problemas de qualificação dos fatos, ou seja, problemas na subsunção em si”.⁵⁰

⁴⁸ “(...) Para concluir-se a produção de outras provas, além das já carreadas aos autos, eram imprescindíveis par ao julgamento da demanda reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula sete. (...) – STJ, AGRG no AG 217.124, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 17/12/2004.

“(...) Não há como modificar o entendimento esposado pelo tribunal a quo, deferindo-se a realização de perícia contábil, sem que se faça um reexame do substrato fático contido nos autos, elementos de convicção que serviram de fundamentos para manutenção da sentença (...)” – AGRESP 762.026, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ 28/11/2005.

“(...) A necessidade de produção de prova pericial foi firmada por entender o tribunal que seria indispensável para a ampla discussão sobre os critérios da legislação federal. Em princípio, pode o tribunal de segundo grau, ao avaliar os elementos contidos nos autos, decidir pela necessidade, ou não da prova realização da perícia ou outra prova. Não poderia este tribunal, no âmbito estreito do recurso sob exame, aprofundar-se no exame da matéria, substituindo atividade que é inerente às instâncias ordinárias, ante o óbice da súmula sete. (...)” – STJ, RESP 171.504, Relator Ministro Castro Meira, DJ 21/11/2005.

⁴⁹ Sobre a linha dominante da doutrina, em *Recurso Especial* (...), página 47 e seguintes, com base em vários autores, dentre os quais: Silva, José Afonso da. *Do recurso extraordinário* (...), página 151; Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1975, página 84; Silva, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1, Porto Alegre.

Sobre a impossibilidade de separação entre fato e direito, em recurso página 39, com base em José Afonso da Silva, em *Do recurso extraordinário* (...), página 125 e seguintes.

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos estrito direito e de ação rescisória*, São Paulo, editora revista dos tribunais, 2001, página 41.

Garcia Medina, afirma não se poder confundir de forma alguma o problema da verificação de fatos com o problema da qualificação:

Há violação à ordem jurídica tanto ao se aplicar o direito de modo equivocado quanto ao se conceber erroneamente um fato sobre o qual incida a lei correta. tanto num quanto noutro caso, há aplicação incorreta da lei. Identificando-se o fato de modo impreciso, fatalmente se aplicará a lei também de modo impreciso, pois se aplicará a lei errada, ou seja, a lei inaplicável, à situação, por tratar-se de hipótese diversa da prevista pela lei.⁵¹

Dinamarco(2003) não destoa ao evidenciar que o problema da qualificação não se confunde com o problema da verificação probatória:

Diferentemente do exame e do reexame da prova é a valoração jurídica das fontes e meios de prova produzidos nos autos. Já não se trata de exercer o poder de livre convencimento para captar as radiações informativas emanadas das fontes, mas de atribuir a cada uma destas e aos meios de prova o valor que em alguns casos a lei estabelece.⁵²

Athos Gusmão Carneiro aborda o assunto da seguinte forma:

Todavia, a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é *quaestio iuris* que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário-especial. Em processo de que somos relator, discute-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constitui reversão de doação condicional, ou doação *mortis causa*, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual lei incidente e, pois sua eficácia.⁵³

Tão importante quanto promover uma discussão séria a respeito da dúvida teórica, é definir o caminho procedimental para os casos difíceis. “A impossibilidade de separação entre as questões de fato e de direito já foi causa para que o STF se permitisse a revisão do caso, tratando a questão como se direito fosse”

⁵¹ MEDINA, *Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, 2ª edição, São Paulo, revista dos tribunais, página 255, aponta lição semelhante de Arruda Alvim, em *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*, revista jurídica, n.330, abril de 2005, página 43.

⁵² DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, 3ª edição, São Paulo, editora malheiros, 2003, página 111-112.

⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o recurso especial*. In *recursos no STJ*, Saraiva, 1991, página 117.

“(...) Na impossibilidade de separar um elemento do outro, não se tem como deixar de conhecer de recurso extraordinário que impugna decisão que haja versado tal matéria (...)”⁵⁴

O doutrinador Marinoni também é favorável a possibilidade de qualificação jurídica dos fatos, e ressalta a diferenciação entre ausência de fundamentação e qualificação jurídica equivocada, que segundo o autor ocorrer em um momento posterior ao da colheita da prova:

A motivação, por ser necessária à aferição do uso adequado da prova, configura razão suficiente para a impugnação da decisão. A qualificação jurídica do fato e, assim, parte da premissa de que o fato esta provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato.⁵⁵

Portanto todo assunto na seara probatória do recurso especial apenas se justifica se o tribunal tem a intenção de promover um esclarecimento jurisprudencial, o interesse é na verdade mais objetivo e pacificador do que propriamente técnico.

É o que se ver, por exemplo, no tocante as decisões do STJ relacionadas à exigência da prova material para comprovação de tempo de trabalho rural, o que equivale a dizer que o juiz não pode fixar sua convicção em prova exclusivamente testemunhal para esses casos⁵⁶. O mesmo se aplica

⁵⁴ “(...) Ao apreciar a gravidade da injúria para efeito de julgar ação de desquite, deve o juiz considerar a situação ou posição social dos cônjuges, a educação, caráter e sensibilidade de cada um. Se assim deve proceder ao juiz, é óbvia a conclusão de que o tema injúria grave, no desquite, envolve, de maneira inseparável, os fatos e o direito material da controvérsia. É tema que abrange, numa perfeita complexidade, a prova do fato e o direito a ele aplicável. Na impossibilidade de separar um elemento do outro, não se tem como deixar de conhecer de recurso extraordinário que impugna decisão que haja versado tal matéria. Porque o verbete 279 da súmula proíbe e o conhecimento de recurso extraordinário para simples reexame de prova, mas o faz, como de logo se conclui, sem vedar o cabimento do recurso para efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outro acabada complexidade. Recurso extraordinário conhecido e provido pela maioria dos ministros da segunda turma.” – STF, RE 65.721, Ministro Relator Antônio Neder.

⁵⁵ MARINONI, *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*, revista jurídica, n.330, abril de 2005, página 443.

⁵⁶ “(...) O reconhecimento de tempo de serviço rural, para efeito de aposentadoria por idade, é tema pacificado pela súmula 149 desta egrégia corte, no sentido de que a prova testemunhal deve estar calcada em um início razoável de prova material. Interpretação conjugada do artigo 400 do Código de Processo Civil, com o artigo 55 § 3º como artigo 106, ambos da lei 8.213/91. II – Na hipótese dos autos, houve a necessária comprovação de início de prova material, pois a autora cuidou de juntar documentação apta a comprovar a atividade rural nos moldes determinados por este tribunal. (...)”. – STJ, AGRG no AG 699.933, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 17/10/2005.

à hipótese de reconhecimento da paternidade que dispensa a prova realizada por bandagem cromossômica.

Luiz Guilherme Marinoni ainda ressalta que:

Os recursos extraordinários e o especial, não viabilizam novo exame da causa, nos moldes do recurso de apelação. Tal recurso tem âmbito restrito, permitindo apenas o reexame de solução que pode ter afrontado a lei federal – recurso especial – artigo 105, II da Constituição Federal ou em se tratando de recurso extraordinário em seu artigo 102, III da Constituição. Na verdade para as súmulas 279 do STF e 7 do STJ não existe a possibilidade do reexame de prova. Porém nas doutrinas e tribunais tem sido difícil cumprir fielmente essa impossibilidade. O conceito de reexame de prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame, seria na forma de convicção sobre os fatos. Não se quer, em outras palavras que os recursos extraordinários e especiais viabilizem em juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Porém esse juízo em nada tem a ver com o que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. Sendo necessário distinguir reexame de prova e aferição; a) da licitude de prova; b) da quantidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou; c) para uso de certo procedimento; d) do objeto da convicção; e) da convicção suficiente diante da lei processual e; f) do direito material; g) do ônus da prova; h) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; i) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório. O que na verdade é proibido no que diz respeito ao reexame de prova, é a possibilidade de se analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos, ficando de fato proibido analisar as provas que convencerem o tribunal de origem sobre a presença de culpa.⁵⁷

Conclui-se que não fere a argumentação da súmula 7 no recurso especial, já que tudo exposto resulta de uma consequência bastante perniciosa para nosso ordenamento jurídico, um precedente que na verdade não reflete o que se vê no acórdão, justamente por ser a fundamentação oculta. E, quanto mais for rigoroso o sistema em sua linha de *stare decisis*, mais profundo será o mal causado pela fundamentação oculta de instância extraordinária. A não ser, evidentemente, que toda a prática judiciária se converta em uma nebulosa prática de fundamentações obscuras e legitimada apenas pela validade de sua emissão, o que não pode ser de modo nenhum desejado.

⁵⁷Marinoni, Luiz Guilherme. *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*, revista jurídica, n.330, abril de 2005, páginas 18-19.

3. Recursos Especiais Repetitivos

3.1 Histórico

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), após debates internos e consulta ao Superior Tribunal de Justiça, em particular a partir da sugestão do ex-ministro Athos Gusmão Carneiro, apresentou proposta de alteração legislativa visando a aplicação, também em relação ao recurso especial, de técnica de julgamento de julgamento dos recursos especiais repetitivos similar a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da introdução do artigo 543-B no Código de Processo Civil.

Os objetivos dessa proposta de alteração legislativa seriam, por óbvio, reduzir o número excessivo de recursos especiais em trâmite naquela Corte Superior, tendendo para uma prestação jurisdicional célere, de acordo com o ditame do artigo 5º LXXVIII, da Constituição Federal.

Decorrido o devido trâmite legislativo, o Projeto de Lei 1.213/2007 transformou-se na Lei 11.672, de 08.05.2008, que acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, estabelecendo por essa via, o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

3.1.1 A Identificação da Controvérsia Repetitiva e a Suspensão dos Demais Feitos

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

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

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

No que concerne a identificar o recurso representativo, é caracterizado por recurso piloto, como destaca o Ministro Athos Gusmão Carneiro, ou como bem destaca a professora Ada Pelegrini que o denomina por caso-piloto, ambos observam dois aspectos, um quantitativo e outro de ordem qualitativa.⁵⁸

Quantitativo trata da necessidade de a questão de direito repetir-se em número elevado de demandas. Esse procedimento avalia que os recursos especiais perante determinada matéria deve considerar os recursos já existentes e de acordo com as informações prestadas pelas instâncias ordinárias, também o número de processos que porventura possam ensejar a interposição de recurso especial.

Se a questão versar para que seja apreciada na superior instância seja singular, não se repetindo em outros feitos, estar caracterizada a interposição do recurso especial, por meio da sistemática processual, em que não se aplica o regime de suspensão ao apelo excepcional.

A identificação do recurso representativo também obedece ao critério qualitativo.

A questão repetitiva deve ser exclusivamente de direito, como mesmo é imposto pela própria posição especial das cortes superiores.

Devendo ser escolhido o recurso que traga mais e melhores argumentos a respeito da interpretação a ser dada à legislação federal sob apreciação do Superior Tribunal de Justiça, principalmente no que concerne ao processo de cada ministro relator.

Tendo em vista a importância do princípio constitucional do contraditório, deveria ser admitida a interposição dos recursos pelas diversas partes envolvidas, para que dessa forma a cortes superiores possa examinar os diferentes pontos de vista envolvidos na lide.

A identificação da matéria de direito do recurso representativo destaca que se considere apenas a questão central discutida, já que o exame desta

⁵⁸ Pelegrini, Ada. *Teoria geral do processo*. editora malheiros, São Paulo, 25ª edição, 2009, páginas 33 e 84.

pode tornar prejudicada a análise de outras questões que forem argüidas no mesmo recurso.

É exercido logo o juízo de admissibilidade pelos tribunais inferiores quando cabível, para a hipótese de inadmissibilidade, a interposição do recurso de agravo de instrumento, conforme o que trata o artigo 544 do Código de Processo Civil, e admitido o recurso especial ou até mesmo em seu lugar recebido o agravo de instrumento, o Superior Tribunal de Justiça decidirá de plano a matéria, provendo ou improvendo o recurso especial, não sendo o caso de decretar a suspensão do recurso.

A competência para identificar o recurso representativo é do presidente ou vice-presidente, de acordo com o regimento interno, do tribunal recorrido, cabendo a este admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, dentre os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do tribunal.

Não sendo admitido o recurso representativo pelo tribunal de origem, o ministro relator, perante o Superior Tribunal de Justiça e ao identificar que sobre a controvérsia versada já até exista jurisprudência dominante, pode determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais aquela controvérsia esteja estabelecida – artigo 543 C § 2º do CPC.

A decisão do ministro relator que implicar identificação de recurso representativo e a suspensão de processos iguais será comunicada aos demais ministros, suspendendo dessa forma os recursos que versem sobre a mesma matéria controvérsia.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais repetitivos serão distribuídos por dependência de acordo com o § 4º do artigo 1º da resolução do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma identificado por um ministro relator uma matéria plúrima e afetado um determinado recurso especial ao órgão julgador, os demais recursos especiais que se seguirem naquela matéria serão a ele distribuídos por dependência, formando com isso um bloco de julgamentos.

Importa dizer que quando o recurso especial tiver sido identificado por tribunal de origem como representativo de determinada controvérsia, e tendo

sido remetido ao Superior Tribunal de Justiça, esta corte ressalta que o recurso especial não apresenta em nenhum momento as condições de admissibilidade, sendo caracterizadas por grande da doutrina que nesse caso se faça a remessa de feitos ao Superior Tribunal de Justiça consoante suas características especiais dentro do Poder Judiciário brasileiro, que impõe o não conhecimento do aludido recurso especial, a despeito do tribunal de origem tê-lo identificado como representativo de determinada controvérsia. É o que leciona, Clito Fornaciari Junior⁵⁹:

Um juízo de admissibilidade perante o órgão *a quo* não gera preclusão, nem, portanto, garante o conhecimento da irresignação apresentada. O fato de haver o recurso sido admitido não retira do órgão que cumpre decidi-lo o dever de proceder a novo juízo de admissibilidade, independentemente de provocação de qualquer das partes, uma vez que os requisitos de admissibilidade representam matéria de ordem pública, conhecíveis, pois, de ofício. Não há, deste modo, interesse em recorrer contra a decisão que admite o recurso, mandando-o à instância superior, pois a decisão pela admissibilidade é, em última instância, somente provisória. caberá ao órgão *ad quem*, portanto, rever a decisão de admissibilidade, bem como, ainda examinar, em primeira mão, possíveis ocorrências supervenientes que, igualmente, impedem o exame do mérito do recurso.⁶⁰

Portanto a admissão de recurso pelos Tribunais *a quo*, como representativo da matéria, não se afasta a competência do Superior Tribunal de Justiça para reapreciar a admissibilidade do recurso excepcional a ele enviado.

Importante ressaltar acerca da definição da controvérsia jurídica a partir do julgamento do recurso especial representativo impedindo a homologação da desistência do recurso caso formulada supervenientemente pela parte recorrente.

⁵⁹ Fornaciari Júnior, Clito. *Recurso especial com fundamento na letra a do permissivo constitucional*. In: Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁶⁰ No mesmo sentido se expressa Ramalho; “De acordo com nossas normas jurídicas, nos casos dos recursos excepcionais verifica-se um sistema bipartido de aferição dos requisitos de admissibilidade.

Não existindo direito subjetivo da parte à escolha de seu recurso especial como o representativo da controvérsia, tampouco o recurso cabível contra o ato de escolha do recurso especial como recurso – paradigma.⁶¹

No tocante a suspensão dos demais recursos especiais que versem sobre a questão de direito tratada no recurso representativo abrangendo também os recursos especiais interpostos adesivamente aos recursos que porventura fiquem suspensos.

De acordo com o artigo 500 do Código de Processo Civil, o recurso adesivo se aplica as mesmas regras previstas para o recurso independentemente interposto, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento.

RESp – 1143677/RS

Recurso Especial

2009/ 0107514-0

Relator – Ministro Luiz Fux

Órgão Julgador – Corte Especial

Data do Julgamento – 02/12/2009

Data da publicação/Fonte – DJe – 04/02/2010

Ementa:

Processo Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia – Artigo 543 C do Código de Processo Civil – Direito Financeiro – Requisição de Pequeno Valor – Período Compreendido entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento da RPV. Juros da Mora. Descabimento. Súmula Vinculante 17/STJ. Aplicação Analógica. Correção Monetária. Cabimento. Taxa Selic. Inaplicabilidade. IPCA –E. Aplicação.

3.1.2 O Requerimento de Informações e a Participação de Terceiros

Essa nova sistemática é necessária um novo tratamento aos julgamentos. Assim vejamos a importância do § 3º do artigo 543 C do Código de Processo Civil, o ministro relator poderá solicitar aos tribunais federais ou

⁶¹ MARINONI ; MITIDIERO. *Repercussão geral nos recursos extraordinários*. 2ª edição, revista e atualizada, editora revista dos tribunais, 2008, página: 57.

estaduais informações a respeito da controvérsia plúrima, devendo ser prestadas no prazo de quinze dias pelas instâncias ordinárias.

As informações que podem ser requeridas aos Tribunais Federais ou de Justiça referem-se a dados estatísticos ou mesmo ao conteúdo de direito tratado nos recursos representativos.

Assim tem-se o § 4º do artigo 543 C, ora acrescentado ao artigo no Código de Processo Civil, onde estabelece que o ministro relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir a manifestação das pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

A previsão do consentimento de oitiva de terceiros interessados é o caso do que ocorre com o instituto do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal e as audiências e consultas públicas, na lei do procedimento administrativo federal, tendência de atuação estatal que se legitima, cada vez mais, por meio da participação do cidadão no conteúdo decisório.⁶²

Portanto, importante lembrar que o artigo 3º I da Resolução 8 do STJ restringe a modalidade de participação de terceiros, no julgamento de recurso representativo, à manifestação escrita, vedando, destarte, a eventual participação oral.

Grande parte das doutrinas ora estudada acreditam melhor caminho a ser seguido já que o sistema de audiências públicas, dada a diversidade e quantidade de matérias enfrentadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, poderia inviabilizar a presteza que se busca emprestar ao novo regime processual do recurso especial.⁶³

3.1.3 A Participação do Ministério Público

⁶² Assim dispõe os artigos 31 a 35 da lei 9784 de 1999.

⁶³ Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes dos Reis. *Recursos Especiais Repetitivos no STJ* – editora método – 2009, página 57.

O Artigo 82º do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses em que deve ocorrer a intervenção do órgão do Ministério Público. De acordo com tal preceito normativo, deve o *parquet* atuar na jurisdição comum, intervindo quando há interesses de incapazes, nas causas relativas ao estado da pessoa, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas ações em que exista interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Uma vez que ao assunto julgamento do recurso especial representativo de demanda que se reproduz em múltiplos outros processos da esfera de competência do Superior Tribunal de Justiça, temos que exclusivamente por esta razão já se configura a hipótese do interesse público evidenciado pela natureza da lide a justificar a intervenção ministerial.

A sistemática trazida pela lei 11672/2008, tem por objetivo dinamizar a função precípua do Superior Tribunal de Justiça, centrada na idéias de uniformização da interpretação da legislação federal infraconstitucional, sendo assim mais acentuada se pode observar a presença do interesse público.

Com respaldo no artigo 3º II da Resolução 8 do STJ, que cita: “Dispõe antes do julgamento do recurso o ministro relator, dando vista ao ministério público por quinze dias”.

Com isso, a inexistência de participação do Ministério Público no julgamento do recurso representativo acarretará a nulidade prevista no artigo 246, caput do Código de Processo Civil.

Frente ao Superior Tribunal de Justiça oficiam os Sub- procuradores-gerais da República, conforme determina o artigo 66, caput da lei complementar 75/1993, onde estar estabelecido o estatuto do ministério público da união.

Em relação ao procedimento a ser adotada para intervenção do órgão do ministério público especificamente nos moldes do artigo 543 C, é verificado a possibilidade de sua manifestação acontecer apenas após a apresentação das informações porventura requeridas aos tribunais regionais federais ou tribunais de justiça a respeito da controvérsia a ser decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Bom destacar que após o requerimento e apresentação de informações pelos tribunais de origem, ainda pode ser assinalado prazo para manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, como bem trata o § 4º do artigo 543 C do Código de Processo Civil.

Quanto a este existe respaldo no artigo 83, I do Código de Processo Civil.

O prazo para a cota ministerial é de quinze dias, conforme a previsão firmada, desde que devidamente justificado pelo *parquet*, compreendido possa tal prazo ser excedido.

Esse prazo em grande parte da doutrina, é impróprio e, diante de casos de excepcionalidade e relevo, poderia o órgão ministerial, justificadamente, apresentar ainda que a destempo sua manifestação.

3.1.4 Do Julgamento do Recurso Representativo

De acordo com o § 7º do artigo 543 C do CPC:

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

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

Dentre diversas inovações trazidas pela nova sistemática da lei 11.672/2008 uma delas reside nos efeitos derivados do julgamento do recurso representativo da controvérsia que se desdobra em multiplicidade de recursos especiais.

Esses efeitos foram classificados como caracterizadores da concentração do processo de uniformização da interpretação da legislação federal.

Importante ressaltar que o § 7º do artigo 543 C do estatuto processual civil dispõe que, uma vez publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça

que decide o recurso especial representativo, os recursos especiais sobrestados na origem terão seu seguimento denegado na hipótese do acórdão recorrido coincidir com a orientação que restar firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os recursos especiais sobrestados na origem serão novamente examinados pelas cortes *a quo* na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

O reexame da matéria é feito pelo relator originário do feito assim como acontece no procedimento da repercussão geral.

Processo

AgRg no RESp 1072443/RS

2008/0149567-7

Relator – Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)

Órgão Julgador – T6 – sexta turma

Data do julgamento – 10/11/2009

Data da publicação/Fonte – DJe 30/11/2009

Ementa:

Agravo Regimental. Administrativo. Servidor Público. Conversão de Vencimentos em URV. Inexistência de perda de remuneração. Reexame da matéria fática. Enunciado n.7 da Súmula do STJ. Precedentes da 3ª Seção com aplicação da lei 11.672/2008.

No caso de devolvidos os autos ao relator do processo nos tribunais de origem, acaso mantida a decisão divergente, far-se-á, a partir de então, o exame de admissibilidade do recurso especial nos moldes em que vinha acontecendo até a vigência da sistemática ora em comento, dispositivo trazido pelo § 8º do artigo 543 C do Código de Processo Civil.

Neste caso importante destacar que no próprio Superior Tribunal de Justiça cumpre ser observado o que contém nos incisos I e II do artigo 5º da Resolução 8 do Superior Tribunal de Justiça.

E na hipótese de o recurso especial suspenso já haver sido distribuído, será julgado pelo Ministro Relator, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Em se tratando do recurso especial suspenso, cuja matéria já tenha sido decidida no julgamento do recurso representativo, ainda não ter sido

distribuído, será julgado pela presidência, nos termos da Resolução 3, de 17/04/2008.

A fim de que operem os efeitos previstos no § 7º do artigo 543 C do Código de Processo Civil, importante lembrar que a controvérsia jurídica tratada no recurso especial representativo tenha sido expressa e devidamente debatida no acórdão recorrido, bem como nas razões de recurso, preenchendo, em síntese, todos os requisitos exigidos para a admissibilidade do recurso especial.

3.1.5 Necessidades de Regulamentação

O § 9º do artigo 543 C do Código de Processo Civil trata da necessidade de regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos de demandas idênticas e repetitivas.

O poder regulamentar do colendo Superior Tribunal de Justiça tem respaldo nos artigos 96, I A da Constituição Federal e artigo 21, III da lei orgânica da magistratura nacional – lei complementar 35/1979.

Mais especificamente com fundamento no artigo 21, XX do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o presidente deste tribunal editou a Resolução 7, de 14/07/2008.

Porém esta teve curta vigência tendo sido revogada em 07/08/2008, pela Resolução 8, do Superior Tribunal de Justiça, que passou a vigorar em 08/08/2008.

A resolução 8 regulamenta os procedimentos relativos ao processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos e as suas disposições serão apreciadas no bojo dos próprios comentários à inovação processual questionada.

3.1.6 Da vigência da lei 11.672 /2008

O artigo 1º da lei de introdução do código civil dispõe que salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 dias depois de oficialmente publicada.

Considerando-se que a publicação da lei editada em 08/05/2008, tal prazo estabelecido ocorre em 09/05/2008, prazo este de noventa dias exaltado em 08/08/2008, a partir de quando adquiriu plena eficácia a nova sistemática processual do recurso especial.

Sendo previsto para a espécie, uma considerável *vacatio legis*, necessária diante da relevante mudança de sistemática processual introduzida pelo dispositivo legal ora questionado.

Ressalto que o artigo 8º caput, da lei complementar 95/1998, estabelece as regras de elaboração e redação legislativas, que destaca que, a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor” na data de sua publicação para as leis de pequena repercussão.

Cabendo acrescentar que, a despeito da lei em comento ter entrado em vigor apenas em agosto de 2008, o seu artigo 2º determina que se aplique igualmente aos recursos que porventura já tivessem sido interpostos na vigência da sistemática processual anterior.

A lei processual se aplica no tempo, preferencialmente, desde sua entrada em vigor, conforme estabelece o artigo 1211 do Código de Processo Civil uma vez que as disposições processuais aplicam-se desde logo aos processos pendentes.

Conforme cita Moacyr Amaral Santos:

A lei nova atinge o processo em curso no ponto em que este se achar, no momento em que ela entrar em vigor, sendo resguardada a inteira eficácia dos atos processuais até então praticados. São os atos posteriores à lei nova que se regularão conforme os preceitos desta. (SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31).

Assim sendo os atos processuais praticados em conformidade com a normativa processual anterior preservam-se em sua inteireza. Os atos

processuais praticados a partir da vigência da nova lei processual, por seu turno, devem adequar-se à nova regulamentação.

De acordo com disposição expressa do artigo 2º da lei 11.672/2008, os recursos especiais interpostos anteriormente à sua vigência não sofrerão prejuízo em sua regularidade formal.

E com isso serão processados em consonância com a nova sistemática processual, havendo multiplicidade de demandas com idêntica questão de direito, autorizados estão os Tribunais a exercer a jurisdição nos moldes do artigo 543 C do Código de Processo Civil.

Processo

AgRg no RESp 1135377/RS

Agravo regimental no Recurso Especial

2009/0069317-7

Relatora – Ministra Laurita Vaz

Órgão Julgador – T5 – Quinta Turma

Data do Julgamento – 06/10/2009

Data da Publicação/Fonte – DJe 03/11/2009

Ementa:

Administrativo. Processual Civil. Juros de Mora. Questão Julgada em sede de recurso especial repetitivo. Artigo 1º F da lei n.9.494/97. Aplicação aos processos iniciados após sua vigência. Pretensão de Prequestionar Dispositivos Constitucionais. Impossibilidade na via especial.

3.2. Da Concessão de Efeito Suspensivo e das Medidas Cautelares

Conforme o artigo 266 do Código de Processo Civil, não será praticado atos processuais durante a suspensão do curso do processo, excetuando-se a prática daqueles atos processuais que sejam urgentes, a fim de evitar dano irreparável.

Algo que não encontra previsão nas alterações no Código de Processo Civil, trazida pela lei 11.672/2008, diz respeito à competência para a apreciação de medidas cautelares incidentais aos recursos especiais que se encontrem ou devam ser suspensos, nos termos da nova sistemática processual.

Como também à atribuição de efeito suspensivo aos recursos especiais que se encontrem ou venham a se encontrar na mesma situação⁶⁴, muito embora não existir ainda uma previsão expressa quanto a esse ponto, já que existe a dúvida respaldada pelas súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, podendo ser aplicada também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O fundamento legal para tal fundamento estar no artigo 800 do Código de Processo Civil que trata das regras de fixação de competência para processamento e julgamento das medidas cautelares.

Quando os processos retornarem aos relatores originários, nas turmas ou câmaras dos tribunais *a quo*, conforme o § 7º do artigo 543 C do Código de Processo Civil, a competência para a apreciação de medidas cautelares vinculadas aos recursos especiais a este retorna, conforme artigo 800 do Código de Processo Civil.

O exame de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especiais está incluso no âmbito de devolutividade dos recursos excepcionais, com isso há de se compatibilizar com a própria função específica e especial das cortes superiores; tutela do direito objetivo; inexistência de preocupação com o direito subjetivo ou a justiça do caso concreto; impossibilidade de reexame de substrato fático- probatório.

A exceção da atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial ainda deve ser considerada, sob o enfoque de que poderia ensejar a substituição de decisão lavrada por órgão colegiado de tribunal por meio de simples *decisum* monocrático e provisório do juízo competente para apreciar admissibilidade do recurso especial.

Entretanto não se pode deixar de mencionar que o cabimento do recurso especial por si só já é especialíssimo, devendo atender aos requisitos

⁶⁴ Os recursos excepcionais, recursos extraordinários ou especiais, não possuem efeito suspensivo. É o que dispõe o artigo 497 do código de processo civil: “O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no artigo 558 desta lei”. No mesmo sentido estabelece o artigo 27 § 2º da lei 8.038/1990: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

genéricos de admissibilidade recursal assim como aos requisitos constitucionais de admissibilidade.

A atribuição de efeito suspensivo, excepcionalíssima afasta a possibilidade de outras medidas, tais como depósitos judiciais, providências relativas a publicações de acórdãos e intimações das partes.

Em se tratando da suspensividade atribuída pelos tribunais de origem aos recursos especiais, tem-se que exaure no momento em que realizado o exercício do juízo de admissibilidade, surgindo à competência da instância superior para apreciação do recurso especial ou até mesmo do agravo de instrumento.

Não se pode deixar de termos a preocupação com a eventual sobrecarga de trabalho na instância ordinária proporcionada, pela ocasional demora de apreciação no colendo Superior Tribunal de Justiça, dos recursos representativos das demandas múltiplas.

Podendo acontecer o aumento do número de medidas cautelares ajuizadas na instância comum, bem como o prolongamento de seus efeitos no tempo, advinda da eventual dilação na definição dos julgamentos por parte daquele Tribunal da Federação.

3.3. Do Recurso Contra a Decisão que Suspende o Recurso Especial

Com a vigência de uma nova ordem normativa, existem divergências e posicionamentos corretos a serem seguidos.

Uma das questões diz respeito à insurgência contra a decisão de suspensão do recurso especial indicando o caso de formular pedido de reconsideração, perante o órgão prolator do *decisum*, aduzindo-se a ausência de identidade com a questão de direito versada no recurso tido como representativo.

Essa seria a melhor forma de requerer o destrancamento do recurso especial ao qual se atribuiu o sistema de suspensão.

A contradição entre o teor do recurso especial inadequadamente suspenso e a controvérsia versada em recurso representativo também poderia ensejar a oposição de embargos de declaração – oponíveis em caso de contradição, conforme o artigo 535, I do Código de Processo Civil.

Outra forma de destrancamento do recurso especial suspenso é quando se tratar de agravo de instrumento, previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil, onde é direcionado ao próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto não é a hipótese mais adequada para o caso. Conforme o princípio da taxatividade, não seria o recurso idôneo ao enfrentamento de uma situação, pois consoante o artigo 544 do Código de Processo Civil, será possível o agravo de instrumento na situação da não admissão do recurso especial.

3.4. O Recurso Especial Frente a Outros Institutos Processuais

3.4.1 A Repercussão Geral

As inovações trazidas à sistemática de trabalho das Cortes Superiores, a partir da emenda constitucional 45/2004 é imposto uma simples comparação entre os novos institutos da repercussão geral e dos recursos especiais repetitivos.

O instituto da repercussão geral é na verdade o filtro dos recursos extraordinários direcionados ao Supremo Tribunal Federal.

O papel das cortes superiores impõe a estes tribunais, por instâncias especiais, funções específicas não-ordinárias, a função destas cortes superiores é simplesmente de uniformizar a interpretação da legislação, sendo definida no caso do Supremo Tribunal Federal por ser o guardião da Constituição Federal.

O instituto da repercussão geral foi trazido pela reforma do judiciário cujo objetivo de dar primazia a função a grande corte, funcionando como verdadeiro filtro constitucional dos recursos extraordinários que para lá são encaminhados.

Com a vigência deste instituto, nossa Corte Suprema julgará somente casos dotados de repercussão geral, considerada como a transcendência da causa, isto é, a importância do feito para além do exclusivo interesse mais geral, possa ser econômico, jurídico, moral, social ou político.

A exigência deve ser compreendida, pelo impacto significativo que a decisão recorrida pode assumir em diversos cenários.

A repercussão geral é a questão relacionada à admissibilidade do recurso extraordinário, de fato bem complicado afirmar se deva ser apreciada antes da verificação das demais hipóteses, gerais ou específicas, de cabimento do recurso extraordinário, haja vista ser exigido à identificação de que haja questão constitucional apta a ser reexaminada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de multiplicidade de recursos com fundamento em controvérsia idêntica a lei n.11.418/2007 estabeleceu procedimento diferenciado e que, deve ensejar uma ampla e prévia participação da sociedade civil e do próprio Estado no estabelecimento dos casos que, afinal serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal por oferecerem repercussão geral.

Assim sendo se o Supremo Tribunal Federal negar que a controvérsia selecionada oferece repercussão geral, o restante dos processos, que estavam sobrestados, será automaticamente inadmitido.

A sistemática do recurso especial repetitivo não traz em nenhum momento a função de filtrar.

No geral todas as matérias traçadas no direito federal comum estarão sujeitas à apreciação do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Qualquer espécie de violação negativa de vigência ou dissídio pretoriano relativo à legislação federal ordinária pode ser enfrentada por meio de recurso especial, desde que atenda obviamente aos demais requisitos necessários para seu cabimento.

O recurso especial repetitivo não se trata de modalidade de filtro ou barreira para interposição de recursos.

3.4.2 O Recurso Especial e as Súmulas Vinculantes

A sistemática do recurso especial repetitivo ganha mais destaque com o advento do instituto das súmulas vinculantes no que for referente à concentração do processo de controle/uniformização da interpretação da legislação federal.

Essa nova sistemática processual do recurso especial surge com a modalidade do chamado controle de legalidade, cuja natureza é difusa, tal como podemos encontrar no próprio controle de constitucionalidade.

Aqui tem por objetivo produzir efeitos semelhantes aos do controle abstrato de constitucionalidade, o que podemos segundo a doutrina denominar *in abstracto*, por ser a interpretação da norma jurídica infraconstitucional, projetando, ademais, efeitos vinculantes aos demais processos em trâmite ou a serem ajuizados.

Esses efeitos em momentos anteriores tinham características de exclusividade do controle abstrato de constitucionalidade, não se aplicando para os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de que se possa apreciar o recurso especial.

Neste sentido é que se pode observar o tamanho da proximidade, dos recursos especiais repetitivos com o instituto das súmulas vinculantes, uma vez que este fenômeno para inúmeros doutrinadores é chamado de concentração.

3.4.3 Os Recursos Especiais Repetitivos e o Instituto Do Artigo 557 do Código de Processo Civil

Esse instituto mesmo que sem origem na regulamentação da reforma do judiciário, pode ser considerado também um mecanismo processual tendente à consecução da celeridade processual.

Ocorrendo a possibilidade negativa de seguimento ou mesmo de conferir provimento, por meio de decisão unipessoal, aos recursos interpostos, contribui de certa forma a uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

Através deste possibilita através de uma simples decisão monocrática, ora proferida unipessoalmente por magistrado, permitindo que se alcance a celeridade processual conforme previsão legal.

Em se tratando de Superior Tribunal de Justiça a metodologia de julgamentos sempre foi de grande importância, já que neste tribunal persiste a interposição dos recursos especiais acerca de matérias já pacificadas e decantadas por aquela corte superior.

Com isso de extrema importância a possibilidade de decisão monocrática de recursos especiais, a partir da jurisprudência consolidada do próprio Tribunal - podendo dessa forma ganhar tempo em relação ao trâmite a partir dos órgãos colegiados deste.

A nova sistemática trazida ao recurso especial traz de fato uma nova dinâmica processual-constitucional com a modalidade de julgamentos em bloco.

Com efeito, o grande regime processual do recurso especial deve ser identificado primeiro em seu âmbito próprio de devolutividade, onde é restrito e excepcional.

Bem mais do que obter o julgamento em bloco de recursos especiais cuja temática já decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, a nova sistemática do recurso especial deve ser compreendida por um mecanismo que torna mais robusta sua missão constitucional.

Já que uma vez julgado o recurso especial representativo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça ganha força vinculante, espalhando seus efeitos, de forma automática, a todos os demais recursos especiais em trâmite naquela corte, assim como aos que estejam suspensos nos tribunais de origem.

Os escopos de cada instituto jurídico, principalmente sob a ótica constitucional, são institutos conforme o artigo 557 do Código de Processo Civil que proporciona o julgamento célere e em bloco por meio de decisão unipessoal, nas condições impostas na própria lei, como é o caso do recurso especial repetitivo, este sendo apenas a consequência processual do objetivo constitucional estabelecido ao próprio Superior Tribunal de Justiça que controla e uniformiza a interpretação da legislação federal.

Importante ressaltar que a decisão tomada no recurso especial representativo da controvérsia possui efeitos obrigatórios para os demais recursos especiais que versem sobre idêntica controvérsia.

Em se tratando do artigo 557 do Código de Processo Civil tem-se a hipótese que o efeito da decisão pode se tornar vinculante, mas, a priori, é meramente orientadora.

4. FUNDAMENTO HISTÓRICO E ATUAL DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E A CELERIDADE DO PROCEDIMENTO DIANTE DA INOVAÇÃO TRAZIDA EM FACE DA LEI 11.672 /2008.

O processo na pós modernidade, caracteriza-se pela principiologia constitucionalmente instituída do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que atuam como direito-garantias às partes de que a jurisdição será exercida de forma legítima e válida. A produção da lei, pelo devido processo legislativo, não é capaz, por si só, de lhe conferir legitimidade, que somente será alcançada pelo povo por meio da formalização de um discurso procedimentalizado dos argumentos numa condição ideal de fala, com vistas à obtenção de uma decisão compartilhada e legítima.

Portanto não será qualquer procedimento que se encaminha pelo processo, para que seja alcançado o provimento final, mas somente aquele procedimento democrático que permite aos destinatários normativos a fiscalização ampla e irrestrita, através de uma participação dialógica na preparação dos provimentos.

Para melhor compreender a efetividade do processo no pós modernidade, faz-se necessário citar as teorias.

Dianamarco(2003) foi um dos responsáveis pela criação da teoria da instrumentalidade e assevera que ela é o caminho para o aprimoramento do sistema processual e premissa indispensável nos estudos e propostas pela efetividade do processo⁶⁵. Com isso o processo é visto como o instrumento de realização do direito material, para a resolução dos conflitos entre os litigantes, por meio da tutela da pretensão da parte da jurisdição. Aplicou-se a teleologia ao processo e à jurisdição, como mecanismo de atingir os escopos metajurídicos. Aferiu-se, o grau de utilidade do sistema processual e combateu-se o positivismo jurídico, que se preocupava apenas com o resultado do processo, ou seja, a atuação da vontade do direito substancial que regulamenta o caso concreto.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, página 25.

No plano social, a jurisdição tem a missão de pacificação de conflitos pelo critério de justiça das decisões, de modo que os jurisdicionados aquiesçam com aquelas que lhes forem favoráveis ou não, sem o oferecimento de qualquer resistência. Trata-se do resgate da teoria da legitimidade do direito de Niklas Luhmann, em que o provimento é ato estatal unilateral, cujos efeitos jurídicos operam sem a necessidade da aquiescência de outra pessoa pública ou daquele a quem se dirige ato.⁶⁶

Adepto a essa teoria, Dinamarco (2003) preleciona que basta educar os cidadãos acerca de seus direitos e obrigações para que o poder judiciário, no plano político, como órgão de positivação do poder estatal, torne-se o depositário da confiança plena de que a massa de conflituosidade será resolvida pelo processo, com rapidez⁶⁷ e eficiência. Sobre a efetividade do processo, assevera Dinamarco(2003):

Por sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.⁶⁸

Teori Zavascki(2005) menciona que:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, de acesso à justiça, o direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.⁶⁹

Portanto ao tratarmos literalmente da efetividade do processo, nesse sentido o tempo é considerado o inimigo do processo e ao juiz que representa a figura central do processo, cabe entregar a prestação jurisdicional de forma mais rápida possível para que haja efetividade no combate ao direito lesado ou ameaçado dos litigantes em juízo.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, página 161.

⁶⁷ Rápida ou célere, na escola paulista de processo, é a decisão judicial que tem por finalidade a composição do litígio no menor tempo (cronológico) possível, em nome da pacificação com justiça social.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, página 332.

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, página 65.

Com isso, a função do poder judiciário não pode ser outra senão a de julgador, por meio de jurisdição relâmpago, em que o importante é a perenização do fetiche da justiça rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo e até mesmo do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição.⁷⁰

A efetividade no sentido de esperar uma duração ao processo com a celeridade em sua tramitação não pode ser atribuída ao processo, porque em direito democrático, este passa a ser conhecido por uma instituição constitucionalizada, apta a reger o procedimento, em contraditório, ampla defesa e isonomia, para viabilizar a implementação de direitos fundamentais.

A efetividade no contexto do bem da vida pretendido pelos litigantes em juízo é obtida a partir da efetividade do processo, que é a própria lei atuando segundo o princípio do devido processo legal, a interpretação tradicional que vem se atribuindo ao princípio da razoável duração do processo padece de técnica, pois não se pode caracterizá-lo em relação ao processo, conforme destaca Tavares (2006) “A razoável duração indica tramitação ou prática de atos delimitada por marcos temporais com começo e fim, mas essa trilha procedimental deve ser percorrida regularmente”.⁷¹

A celeridade também deve ser considerada um atributo de procedimentos administrativos e judiciais, somente podendo ser alcançada e conjugando-se tempo e espaço procedimental, o espaço procedimental é construído pelo tempo (prazo) das articulações na forma legal, mas com a preservação do espaço dialógico para que os sujeitos processuais possam articular e comprovar as suas alegações, respeitado o instituto jurídico da preclusão.

Com o princípio da razoável duração do processo sido erigido pelo patamar de direito garantia fundamental, ele não pode ser aplicado de forma preponderante e em detrimento dos demais princípios constitucionais que também consubstanciam o devido processo legal.

⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro*. In DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 259.

⁷¹ TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 219-220.

Para o doutrinador Rosemiro Leal (2002) a legitimidade nas decisões judiciais na concepção da escola paulista de processo não decorre da aplicação do princípio do devido processo legal, que se consubstanciam na incidência dos princípios autocrítico-discursivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia na estrutura normativa procedimental, onde trata na verdade de um método relacional de produzir justiça em escopos magistrais, que advém de uma carga de valores sociais e não jurídicos.⁷²

Dessa forma o procedimento deve ser o instrumento que institucionalize a vontade democrática do povo, de forma tal que seja regido pelos princípios autocrítico-discursivos do processo, para combater o exercício de uma jurisdição solipsista em que a tutela, ao invés de ser pautada no manejo da cognição e da atuação de direitos ao bel prazer da jurisdição.

Entretanto o seguimento de que a jurisdição focada estritamente na figura do magistrado colide frontalmente com a idéia de participação democrática dos cidadãos por meio da igualdade de argumentação para a formação das decisões judiciais, quando da aplicação do direito.

Contudo, a denominada questão sobre “morosidade da justiça” não está no processo e tampouco na aplicação dos conteúdos da lei aos procedimentos normativos, mas sim na forma de realização dos atos procedimentais pela jurisdição, em face da não eliminação de etapas mortas na prática desses atos.

O que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim e que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo em prazo razoável, evitando-se dilações indevidas no processo, resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo em que devem ser realizados, em desobediência aos prazos previstos no próprio código e impostos ao estado, ao prestar serviço público jurisdicional que monopoliza.⁷³

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, página 128.

⁷³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *As reformas do código de processo civil e o processo constitucional*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, página 220.

É a necessidade de legitimidade das decisões que deveria ser uma preocupação constante, não mais podendo tais decisões (judiciais) se prenderem a uma racionalidade instrumental, voltada para aspectos meramente de eficiência. Todavia, tal questão parece ter ficado em segundo plano nas continuações das propostas de reformas para a solução da crise do judiciário, porque ela é interpretada como um risco de dissenso que deve ser eliminado a todo custo para que se possa restabelecer o primado da segurança jurídica.

A efetividade do processo deve ser compreendida como um atributo da lei que se encaminha pelos princípios institutivos do processo, para que os procedimentos sejam concebidos como uma técnica jurídico-processual propiciadora da mais democrática forma de conferir efetividade ao direito, conforme destaca Casagrande, citando Sarlet:

Desse modo, pode-se sustentar que, em um estado de direito democrático, a teoria da efetividade encaminha a teoria da implementação dos direitos fundamentais, e é pelo processo que se assegura a concretização e a conservação dos direitos fundamentais dos direitos fundamentais que compõem o devido processo constitucional.

Seja princípios sejam objetivos a celeridade e efetividade não são institutos do processo, foram trazidos para serem a garantia de todos os cidadãos contra o exercício abusivo da função jurisdicional pelo estado-juiz, qual seja, o princípio do devido processo legal.

A aplicabilidade de ambos não podem preponderar sobre os princípios autocríticos – discursivos da processualidade democrática, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, sob conseqüência de se estar legitimando o mito da urgencialidade na aplicação dos conteúdos da lei por uma jurisdição relâmpago e salvadora da comunidade jurídica.

Verifica-se que a efetividade do processo deva ser compreendida como um atributo da lei que se encaminha pelos princípios institutivos do processo, para que os procedimentos sejam concebidos com uma técnica jurídico-processual propiciadora da mais democrática forma de conferir efetividade – aplicação ao direito conforme bem destaca Casagrande, apud Sarlet (2006):

Desse modo, pode-se sustentar que, em um estado de direito democrático, a teoria da efetividade encaminha a teoria da implementação dos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade entre outros), e é pelo processo que se assegura a concretização e a conservação dos direitos fundamentais que compõem o devido processo constitucional.⁷⁴

⁷⁴ CASAGRANDE, Erico Vinicius Prado. *Efetividade do direito e eficiência do judiciário*. In TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 82.

CONCLUSÃO

A recente lei 11.672/2008 trouxe um grande avanço ao Código de Processo Civil, principalmente no sentido de desafogar o poder judiciário, já que estaremos frente à celeridade processual.

Na busca pela efetividade do processo e com o escopo de produzir uma prestação jurisdicional mais célere, eis que surge com o advento desta lei, em nosso ordenamento jurídico, o disposto recurso especial repetitivo, cujas teses devendo ser idênticas.

Com esta lei se permite que os recursos com teses equivalentes sejam resolvidos já nas instâncias anteriores, sem necessidade de encaminhamento ao STJ, uma vez ser este responsável pela uniformização da jurisprudência nacional.

O combate sistemático à morosidade da justiça é uma das preocupações mais acentuadas, consistindo um de seus objetivos mais delineados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os chamados processos repetitivos que se acumulam no STJ trazem por diversas vezes recursos meramente protelatórios, atentando apenas a adiar a concessão de um direito ao vencedor da demanda.

O grande número já existente de recursos repetitivos lota os gabinetes dos ministros dificultando o julgamento de questões reputadas de maior interesse da sociedade.

As estatísticas desde o advento da lei até os dias atuais comprovam a necessidade do mecanismo previsto com a lei 11.672/2008. Em 2007, o STJ recebeu mais de 210 mil processos, no ano subsequente, o número ultrapassou a casa dos 250 mil processos. Em 2009, foram julgados superior a 330 mil processos, onde desses 74% trataram de questões já pacificadas pelo STJ.

Contudo, com o surgimento dessa lei em 2008, é certo que nos encontramos frente a números menores de processos e tramitação, já que esta lei possibilita ao presidente do tribunal de justiça ou tribunal regional federal

selecionar um ou mais processos referentes ao tema e dirigir os interpostos recursos ao STJ, ficando os demais sobrestados até a decisão final da corte superior.

Na verdade quando falamos em ficarem sobrestados, se observa um reexame necessário semelhante ao duplo grau obrigatório ou recurso de ofício, não necessitando de manifestação voluntária da parte vencida no julgamento anterior, devendo a corte, ao tomar conhecimento da determinação do STJ, providenciando a inclusão em pauta de todos os recursos que tratem da mesma matéria.

Algumas vezes poderá ser visto questionamentos quanto à constitucionalidade de tal dispositivo, que institui verdadeira decisão vinculante do STJ, não prevista no texto constitucional, que adota a súmula vinculante editada pelo STF.

Acontecendo de o tribunal de origem entender pela manifestação anterior, conforme bem trata o §8º do artigo 543 C, o recurso deverá ser encaminhado ao STJ, de forma a que essa corte proceda à análise da admissibilidade do recurso especial, se interposto pela parte vencida.

Portanto o STJ observará se estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso especial, determinando dessa forma seu processamento e julgamento, de forma a que tenha também nesse caso a adoção do entendimento uniforme já estabelecido pela corte.

Importante destacar que existem matérias ainda em curso que poderão sujeitar ao procedimento quando da interposição de novos recursos, devendo o STJ verificar a jurisprudência da corte sobre tais questões e sedimentar entendimento em caso de não haver uniformidade, permitindo com isso um descongestionamento do poder judiciário em médio prazo, permitindo com isso que o cidadão comum detenha de uma prestação jurisdicional mais célere, com isso estaremos frente à recuperação da credibilidade do poder judiciário e dos poderes públicos como um todo perante a sociedade, já tão decepcionada da seriedade das instituições políticas e jurídicas de maneira geral.

Com a prolação da decisão pelo STJ, os tribunais de origem deverão aplicar o entendimento de imediato, subindo apenas os processos ao tribunal

ad quem os que tiverem teses contrárias à decisão da corte, que foi mantida pelo tribunal de origem.

E os demais que encamparem posicionamento já adotado pelo Tribunal Superior, não seriam encaminhados ao STJ.

Um ponto bem importante de ressaltar é quando a questão que suscita o recurso afastar a natureza vinculante.

Os Tribunais inferiores devendo reexaminar a matéria, porém estes não são obrigados até então a julgar em pleno acordo com a decisão do STJ, de modo que o recurso especial deverá ter sua admissibilidade apreciada por aquela corte.

E no caso da não obrigatoriedade a adoção do julgado do STJ, a força vinculante do acórdão é de alcance limitado ao âmbito de competência do próprio STJ, servindo apenas como diretriz de julgamento aos Tribunais Federais e de Justiça dos Estados.

Este é na verdade um procedimento híbrido, por ser parcialmente vinculante no âmbito do STJ, mas ao mesmo tempo institui um reexame necessário não impositivo no âmbito dos tribunais de justiça e federais, de forma a possibilitar ao tribunal recorrido que possa denegar o recurso, se entender por reconhecer como correta a interpretação dada à matéria de fundo pelo STJ.

O objetivo maior desta lei é de fato frear os recursos já na primeira instância, já que se o juiz decidir conforme posicionamento já acolhido pelo STJ, a própria parte litigante desistiria de recorrer.

Com tudo exposto se pode acreditar na agilidade dos feitos, deixando mais ressaltado o conceito de justiça bem como celeridade e efetividade processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Introdução aos sucedâneos recursais*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais de recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª edição, atualizada, São Paulo: Saraiva, 1980, volume 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 11ª edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONFIM, Edson Rocha. *Recurso especial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Anotações sobre o recurso especial*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Primeiras observações sobre a lei dos recursos especiais repetitivos no STJ*. Revista do processo, São Paulo: RT, ano 33, n.160, junho 2008.

_____. *Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre.

CASAGRANDE, Erico Vinicius Prado. *Efetividade do direito e eficiência do judiciário*. In TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2007.

CHEIM, Flávio Jorge. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4ª edição. Campinas: Bookseller, 1998. v.2

CINTRA, Antônio Carlos De Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *As reformas do código de processo civil e o processo constitucional*. In DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo Civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3ª edição. Salvador: Podium, 2008. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en sevio*. Trad. Marta Gustarino Barcelona: Ariel, 1995.

FERREIRA, José Nunes. *Súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 7.

FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso especial: questão de fato e de direito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1994.

FORNACIARI JR., Clito. *Âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais*. In: TORRES DE MELLO, Rogério Licastro (coord). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, 2007.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos*. In: _____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CRETELLA JR., José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro*. In DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva 1947.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 6ª edição, São Paulo, RT, 1999.

MARINONI, Tereza Cristina. *Sobre o pedido de reconsideração*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 62, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário*. revista jurídica, n.330, abril de 2005.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3ª edição. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, Tomo V.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*. RF. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Juízo de Admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva 2000.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 41ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso Especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo sistema recursal cível brasileiro*. Florianópolis: Habitus, 2002.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Nelson Luiz. *As súmulas do STJ e do STF e sua influência na admissibilidade do Recurso Especial*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 62, 1995.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v 6.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. São Paulo, 2007. v. 2.

SARAIVA, José. *Recurso Especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCARPINELLA Bueno, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva 2009. v.1.

SCARPINELLA Bueno, Cassio. *Efeitos dos Recursos*, In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 10.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Dos Recursos em primeiro grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante*. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, 2000. v. 10.

THEODORO JUNIOR, Humberto *Curso de direito processual civil*, 39ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.1.

_____. *Curso de direito processual civil*. 47ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.1.

_____. *Recursos: direito processual civil*. Rio de Janeiro. V.2.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Teoria geral dos recursos*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 58, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Sites Consultados

Instituto Brasileiro de Direito Processual – www.direitoprocessual.org.br

Portal da Justiça Federal – www.justicafederal.gov.br

Portal do Superior Tribunal de Justiça – www.stj.gov.br

Portal do Supremo Tribunal de Justiça – www.stf.gov.br

Presidência da República – www.presidencia.gov.br

Senado Federal – www.senado.gov.br

Tribunal Regional Federal da 1ª Região – www.trf1.gov.br

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – www.trf2.gov.br

Tribunal Regional Federal da 3ª Região – www.trf3.gov.br

Tribunal Regional Federal da 4ª Região – www.trf4.gov.br

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – www.trf5.gov.br

Portal Migalhas Quentes – www.migalhas.com.br

Portal – www.soleis.com.br

Portal – www.jusnavigandi.com.br