

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

JOÃO FERREIRA BRAGA

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

ISRAEL ROCHA LIMA M. FILHO

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

DANIEL RIBEIRO DOS SANTOS CORREIA

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Coordenadores

Lilian Rose Lemos Rocha

João Ferreira Braga

Gabriel R. Rozendo Pinto

Israel Rocha Lima M. Filho

Ricardo Victor Ferreira Bastos

Daniel Ribeiro dos Santos Correia

**Brasília
2018**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Rocha Lemos

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: prática processual nos tribunais superiores / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2018.

294 p.

ISBN 978-85-61990-92-3

1. Prática processual. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	05
A IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU E POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL	06
<i>DIEGO DOS SANTOS VICENTINI RIBEIRO; JAMILSON SANTOS DE FARIA</i>	
A TEORIA DA CAUSA MADURA NOS RECURSOS ORDINÁRIOS EM SEDE DE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	46
<i>RODRIGO SANTANA TEIXEIRA</i>	
A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NA CONTAGEM DOS PRAZOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	67
<i>DANIEL FRANCO FERREIRA</i>	
A APLICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO EXHAURIENTE DA SENTENÇA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO	80
<i>SUELLEN MARIA ALVES CARVALHO</i>	
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	91
<i>WINSTON LUIZ PRADO DE SOUSA</i>	
INTANGIBILIDADE DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO NOS CASOS DE AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE INADMITTE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS	113
<i>RODOLFO MOREIRA ALENCASTRO VEIGA</i>	
MEIOS DE RECORRIBILIDADE DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS...	130
<i>RODRIGO ASCENSO REIS RIBEIRO</i>	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECORRIBILIDADE IMEDIATA E DIFERIDA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO	146
<i>RODRIGO ASCENSO REIS RIBEIRO</i>	

REPERCUSSÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO ASSENTADO DO STF NO HABEAS CORPUS 127.900/AM..... 159
PABLO SOARES NASCIMENTO

O PRÉ-QUESTIONAMENTO À LUZ DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A ORIENTAÇÃO FIXADA PELA SÚMULA 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 169
RAÍSSA ROESE DA ROSA

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A SÚMULA 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 191
ÍCARO FERREIRA LINO BASTOS MORAIS

O NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPCO DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA E OS REFLEXOS NO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA 203
LEONARDO DE ARAÚJO VIEIRA

O AGRAVO DE INSTRUMENTO: APONTAMENTOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS HIPÓTESES DE TAXATIVIDADE DO ART. 1015 217
ESTEFANIA DA FONTOURA MARTINS; NANSI SOARES DE CARVALHO

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA VALIDADE QUANDO CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA 238
GUSTAVO PRIETO MOISÉS

INCOMPATIBILIDADE ENTRE A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES 256
MARCO ANTONIO FERNANDES MENDONÇA

INCOMPATIBILIDADE ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O PAPEL CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDO ÀS CORTES DE SOBREPOSIÇÃO NO QUE SE REFERE À FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS..... 278
LUCAS SOARES DA PENHA

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCeub acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de e-book.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho
Diretor ICPD/UniCEUB

A IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU E POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL

THE IMPUGNABILITY OF THE FIRST INTERLOCUTORY DECISIONS AND THE POSSIBILITY OF USING THE SECURITY MANDATE AS A RESOURCE SUCCESSION

Diego dos Santos Vicentini Ribeiro
Jamilson Santos de Faria

RESUMO

O presente artigo busca compreender as repercussões da alteração efetuada pelo legislador do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.015, ao optar pelo retorno do rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento para decisões interlocutórias e, desta forma, ocasionando em lacuna de impugnabilidade de situações não previstas, preenchida pelo Mandado de Segurança como sucedâneo recursal. Para a realização da pesquisa foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca dos institutos do Mandado de Segurança e Agravo de instrumento (segundo as luzes do NCPC), visando elucidar as diferenças de entendimentos nos tribunais de 2ª (segunda) Instância e qual a postura dos tribunais superiores em vista das divergências.

Palavras chave: Mandado de Segurança. Agravo de Instrumento. Sucadâneo recursal.

ABSTRACT

This article seeks to understand the repercussions of the amendment made by the legislator of the New Code of Civil Procedure, in its article 1,015, when opting for the return of the exhaustive role of the hypotheses of fit of the grievance of the instrument for interlocutory decisions and, thus, causing in a lacuna of objectivity of unforeseen situations, completed by the Security Mandate as a substitute appeal. In order to carry out the research, a doctrinal and jurisprudential research was carried out on the institutes of the writ of mandamus and injunction (in the light of the NCPC), in order to elucidate the differences of understanding in the courts of 2nd instance and the courts' position differences.

Keywords: Security Order. Related searches. Recursal succession

1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo o Judiciário brasileiro vem sofrendo com a morosidade de suas decisões e com isso recebendo críticas da sociedade brasileira pela demora na prestação jurisdicional. Daí a pressão cada vez maior ao legislador em aprovar reformas no código de processo civil, com intuito de diminuir os recursos e tornar o judiciário mais célere.

A proposta do presente trabalho é delinear de forma objetiva a impugnabilidade das decisões interlocutórias de primeiro grau e suas consequências nos casos práticos na rotina dos Advogados e Tribunais.

Portanto, faremos um estudo sobre o rol taxativo do artigo 1.015 do novel ordenamento processual civilista assim como a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal para suprir as decisões interlocutórias que o legislador deixou fora do alcance desse dispositivo.

Falaremos ainda, sobre o fortalecimento do mandamus constitucional que, diante de tal problemática, deixa de ser um remédio jurídico e passa a ser um verdadeiro “antibiótico” jurídico. Passando, portanto, a ter utilizações diversas da que foi esculpido no texto constitucional.

Dessa forma, trataremos também sobre as divergências de decisões nos tribunais que aceitam o mandado de segurança nas questões que não estão previstas no rol taxativo e, ainda, qual o entendimento que vem sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, faremos um confronto das decisões de grande parte dos Tribunais pátrios, buscando solucionar de forma rápida e pacífica a solução desse problema que não tem sido enfrentado de forma coerente pelo legislador.

Porque se essa lacuna não for resolvida com concesso de todos, mais uma vez vamos ter avalanches de demandas no judiciário questionando se é possível ou não o mandado de segurança como sucedâneo às decisões interlocutórias.

2 A IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

O legislador pátrio resolveu dar uma dinâmica maior ao agravo de instrumento com a reforma do Código de Processo Civil e, para tanto, retirou a possibilidade do agravo retido, assim como a sua conversão pelo relator, podendo ser discutido essas causas somente por meio da Apelação ou Contrarrazões. Logo, fica claro para o operador do direito que o código anterior presava pela recorribilidade imediata, já o código atual adotou como regra a irrecorribilidade imediata.

Diante disso, fica perceptível a diferença do código de 1973, que era um código mais amplo quando se tratava do agravo de instrumento; quando adveio a micro reforma de 1995, houve alteração no procedimento pois o Agravo passou a ser protocolado no tribunal de Justiça da Apelação. Na atual reforma o legislador optou pelo sistema híbrido que ao mesmo tempo em que o Agravo ganha dinâmica processual, este já não é mais aberto e sim taxativo.

Portanto, o legislador optou por um agravo de instrumento mais célere na fase de conhecimento, adiando reexames de questões processuais junto com a apelação. Vejamos a diferenciada literalidade do artigo 522 do código de 1973, lei 5869/73 para com do artigo 1.015 do código atual.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.¹

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

¹ BRASIL. *Código de processo civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.²

Como se percebe, claramente o legislador diminuiu bastante a possibilidade de alcance do Agravo de instrumento tentando conceder mais agilidade ao processo, deixando assim uma lacuna jurídica a ser enfrentada pelo operador do direito no caso concreto.

Ademais, em nome da segurança jurídica da ampla defesa e contraditório alguns tribunais já estão dando uma interpretação extensiva a norma contida no inciso III do artigo 1.015 do CPC. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CONHECIMENTO DO RECURSO. Caso dos autos em que a controvérsia estabelecida na origem (indenizatória envolvendo processos da Boate Kiss), pela excepcionalidade da situação, no caso concreto, permite admitir o ataque da decisão declinatória de competência pela via instrumental, segundo

² BRASIL. *Código de processo civil de 2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

uma interpretação ampliativa do constante no inciso III do artigo 1.015 do Código de Processo Civil e os preceitos constitucionais da duração razoável do processo, celeridade e razoabilidade. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BOATE KISS. DANOS MORAIS. VALOR DA CAUSA SUPERIOR A SESSENTA (60) SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA CÍVEL ESPECIALIZADA EM FAZENDA PÚBLICA. Situação dos autos que cuida de pleito indenizatório envolvendo notório evento acontecido na cidade de Santa Maria, conhecido como incêndio na Boate Kiss. Valor atribuído à causa pela parte autora que supera em muito o limite legal de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Montante que deve refletir o proveito econômico que se busca satisfazer mediante o ajuizamento da demanda judicial, sem impor a parte que abdique de valor indenizatório pela modificação de Juízo que não elegeu ao propor a demandada.... Precedentes jurisprudenciais. CONHECERAM DO RECURSO E DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70074266040, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 27/09/2017).

(TJ-RS - AI: 70074266040 RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 27/09/2017, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/09/2017)

RECURSOS ENVOLVENDO A MESMA RELAÇÃO JURÍDICA COMPLEXA - PREVENÇÃO DO RELATOR E RESPECTIVO ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE RECEBERAM A PRIMEIRA DISTRIBUIÇÃO VÁLIDA - ART. 79, § 7º, DO RITJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ART. 1.015 DO CPC/2015 - TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO QUE NÃO EXCLUI A POSSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - INVERSÃO DO CUSTEIO DA PERÍCIA COM BASE NA RESTRIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA - ADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA - TEMPESTIVIDADE - PRAZO QUINZENAL, COMPUTADO EM DIAS ÚTEIS - ART. 1.003, § 5º, C/C ART. 219, AMBOS DO CPC/2015 - DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS ELECANDOS NO ART. 1.017, I, DO CPC/2015 - COMPLEMENTAÇÃO DO INSTRUMENTO APÓS A INTIMAÇÃO - POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA PELA PARTE AUTORA - INCUMBÊNCIA SUA DE CUSTEAR A REMUNERAÇÃO DO PERITO, SALVO SE ELA FOR BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - SOLUÇÕES ADEQUADAS - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 82 E 95, AMBOS DO CPC/2015. - No caso, as partes celebraram entre si negócio jurídico complexo, envolvendo uma série de contratos de promessa de compra e venda, modificações de acabamentos e renegociações, já tendo este relator e respectivo órgão fracionário apreciado essa mesma relação jurídica em

recurso anterior. - Segundo o art. 79, § 7º, do RITJMG, "se dois ou mais relatores tiverem funcionado sucessivamente, aquele que recebeu a primeira distribuição válida do processo principal, acessório ou cautelar, atrairá para si e para o órgão julgador em que atuar ou tiver atuado, a distribuição por dependência de quaisquer de seus incidentes, em todas as suas fases". - O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/15, prevê, em seu art. 1.015, hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento. De sorte que não são todas as decisões interlocutórias que podem ser atacadas por este recurso. - A decisão combatida determinou que a agravante depositasse os honorários periciais, como corolário da inversão do ônus da prova deferida em seu desfavor, pelo que se admite seja atacada pelo recurso de agravo de instrumento, "ex vi" do inciso XI do art. 1.015 do CPC/2015, valendo ressaltar que a taxatividade do rol não exclui a possibilidade de uma interpretação extensiva de cada um de seus incisos, notadamente diante da pluralidade semântica do termo "versarem sobre", constante do "caput". - Se o agravo de instrumento foi interposto dentro da quinzena legal, computada em dias úteis, é ele tempestivo (CPC/2015, art. 1.003, § 5º, c/c art. 219). - O § 3º do art. 1.017 do CPC/2015 reza que, "na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único", que, a seu turno, oportuniza ao recorrente o saneamento do vício formal, no prazo de 05 (cinco) dias. - Sanado o vício formal, constando dos autos todos os documentos obrigatórios elencados no art. 1.017, I, do CPC/2015, não há que se falar na inadmissibilidade do agravo de instrumento. - A inversão do encargo probatório, com fulcro no art. 6º, VIII, do CDC, significa, tão somente, dispor de modo distinto a repartição do dever de produzir provas em juízo, estabelecida para a generalidade dos casos pelo "caput" do art. 373 do CPC/2015. De sorte que não se trata, também, de inverter a obrigação do pagamento das despesas processuais, a qual, ainda que redistribuído o ônus da prova, continuaria a ser regida pelos arts. 82 e 95, ambos do CPC/2015. - Se apenas a parte autora requereu a produção da perícia, incumbe-lhe arcar com o depósito dos honorários periciais, sendo que, se ela estiver a litigar sob os auspícios da gratuidade da justiça, deverá o julgador lançar mão das soluções adequadas previstas no § 3º do art. 95 do CPC/2015.

(TJ-MG - AI: 10024122239221001 MG, Relator: Eduardo Mariné da Cunha, Data de Julgamento: 13/09/0016, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/09/2016)

Alguns doutrinadores brasileiros defendem o mesmo entendimento jurisprudencial sobre o tema em questão. Assim discorrem Fredier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.

[...]

A interpretação extensiva opera por comparações e isonomizações, não por encaixes e subsunções. As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no art. 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandato de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária. (in Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais..., vol. III, 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 209-211)³

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero, lecionam que:

A fim de limitar o cabimento do agravo de instrumento, o legislador vale-se da técnica da enumeração taxativa das suas hipóteses de conhecimento. Isso não quer dizer, porém, que não se possa utilizar a analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos. Como é amplamente reconhecido, o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito. O fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação⁴.

E, trilhando a mesma linha de argumentação acima, cabe destacar os argumentos compartilhados Cássio Scarpinella Bueno, ao apontar que:

Para não generalizar o emprego do mandado de segurança como sucedâneo recursal, interpretação ampliativa das hipóteses do art. 1.015 do CPC, sempre conservando, contudo, a razão de ser de cada uma de suas hipóteses para não generalizá-las indevidamente⁵.

No entanto, importante ressaltar que existem posições contrárias à extensão do rol taxativo do artigo 1.015 do NCPC. Contudo se não fizermos uma

³ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2016. v. 3.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

interpretação extensiva do artigo em comento, vamos ter que desvirtuar o remédio constitucional, ou seja, o Mandado de segurança servirá para suprir a lacuna que o legislador deixou.

Nessa mesma toada o Supremo Tribunal de Justiça, tem decidido pela extensão do rol taxativo e assim garantindo prestação jurisdicional de forma coerente. Vejamos:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (tempus regit actum), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a

causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido.

(REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA. 1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo. 3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015. 5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva. 6. "As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didie Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209). 7. De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, "o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso". (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável. 9. Dessa

forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 10. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp: 1694667 PR 2017/0189695-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/12/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2017)

Sabemos que o tema é muito árduo, entretanto não podemos deixar de enfrentá-lo, pois corremos o risco da reforma do Código de Processo Cível (CPC) não ter produzido efeito na prática jurídica porque trocaremos “seis por meia dúzia” como se estrai no ditado popular.

E desse modo teremos uma avalanche de Mandados de Segurança com intuito de assegurar ampla defesa e contraditório nos tribunais do país. Portanto, devemos dar interpretação extensiva pela técnica hermenêutica junto à compreensão sistemática ao CPC de 2015. Ademais, é necessário que fique claro que, apesar de alguns tribunais estarem aceitando o Mandado de Segurança como alternativa nos casos em que estão fora do rol taxativo do artigo 1.015. Cabe salientar a vedação esculpida no inciso II, do art. 5º da lei 12.016/2009.

2.1 Breves considerações sobre Agravo de Instrumento.

A criação do Agravo de Instrumento se deu em décadas passadas no reinado de D. Afonso entre (1325-1357), por prodígio português. Continuou evoluindo chegando as ordenações Manuelinas (1521). No Brasil, com o passar do tempo, foi criando corpo na defesa dos jurisdicionados em face das decisões interlocutórias.

Na mesma proporção que o Agravo de Instrumento foi ganhando espaço com os processualistas na defesa dos interesses de seus clientes no caso concreto, tendo em vista as decisões que hora eram terminativas ora procedimentais. Um exemplo claro está descrito no código de 1939, que deixava de forma muito ampla as formas de impugnação das decisões interlocutórias.

Atualmente houve uma mudança significativa do código 1973, para o código de 2015. Contudo, corre na Câmara dos Deputados um projeto de Lei sob nº 3.058, de 2015, Sr. Bonifácio de Andrada, que acrescenta o inciso XII ao artigo 1.015, da

Lei nº 13.105 - Código de Processo Civil - assim como inclui o parágrafo quarto do artigo 1.018, que retrata sobre Agravo de instrumento. Vejamos:

Art. 1º. O inciso XII do art. 1.015 da Lei 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil – passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.015

XII – das decisões liminares que apliquem a lei em processos de elevada repercussão social;

Art. 2º. O art. 1.018 da Lei 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo 4º:

Art. 1.018

§ 4º No caso do inciso XII do art. 1.015, o agravo deverá ser submetido ao juiz que proferiu a decisão liminar que poderá, por decisão fundamentada, negar a subida do recurso ao tribunal competente⁶.

Com esse projeto de lei o legislador pretende sanar a lacuna que existe no artigo 1.015, evitando distorções e vulgarização do Mandado de Segurança bem como Medidas liminares que possuem caráter provisório. Desse modo, o legislador tenta conter uma avalanche de processos dando ao judiciário o poder de fornecer a seus jurisdicionados uma resposta mais ágil.

2.2 A alteração taxativa do artigo 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu artigo 1.015, rol taxativo ao tratar das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento. Isso vem causando discussão na doutrina dos tribunais de segundo grau assim como problemática nos casos concretos. Essa problemática que os advogados militantes estão tendo em face do rol taxativo do artigo 1.015, já dividiu boa parte dos tribunais assim como dos doutrinadores. Vejamos algumas opiniões doutrinarias contra a extensão do rol taxativo:

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA DOS AUTOS PRINCIPAIS. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 1.015 DO CPC/15. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 3.058/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1736078>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

1 - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Datamec S/A Sistemas e Processamento de Dados, contra decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Execução Fiscal do Rio de Janeiro nos autos de Medida Cautelar de Caução nº 0028149-75.2016.4.02.5101, ajuizada em face da União Federal, que declinou da competência dos autos principais, em favor de uma das Varas Cíveis.2. O novo Código de Processo Civil traz significativas alterações no que tange aos agravos, dentre as quais, destaca-se o fato de nem todas as decisões interlocutórias serão agraváveis, ou seja, o novo código trouxe um rol taxativo de decisões interlocutórias que poderão ser atacadas com o agravo de instrumento. Assim, embora a interpretação extensiva seja técnica hermenêutica admitida, aliada, ainda, à compreensão sistemática do CPC/2015, não se deve, ao contrário do modelo do CPC de 1973, criar hipóteses de recorribilidade de decisões não previstas expressamente no novo Código, uma vez que a opção legislativa em não admitir o cabimento desse recurso em situações não previstas foi clara. 3. Na exposição de motivos do Código de 2015, há clara intenção do legislador em limitar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, dispondo que o recurso fica "mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa".4. Agravo de instrumento não conhecido.

(AG00032230720164020000, Relator: LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA.)

Com efeito, ao longo desse artigo científico, trouxemos a opinião dividida dos doutrinadores assim como dos tribunais de segunda instância, bem como dos tribunais superiores (STJ) e no nosso entender devemos fazer uma extensão do rol taxativo do artigo 1.015, de forma a não prejudicar o contraditório e ampla defesa, assim como a segurança jurídica nos nossos tribunais.

A atitude do legislador em alterar substancialmente o Agravo de Instrumento reflete o clamor social por uma resposta mais rápida do poder judiciário. Isso porque ao longo de décadas os processos têm se arrastado, comprometendo as decisões judiciais por conta de diversas formas de impugnação das decisões interlocutórias.

Vejamos então as possibilidades de impugnação do código civil de 1973, assim como do atual 2015.

Tabela 1 – Possibilidades de impugnação do Código Civil

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
<p style="text-align: center;">DO AGRAVO</p> <p>Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.</p> <p>Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal. § 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão. § 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões</p>	<p style="text-align: center;">DO AGRAVO DE INSTRUMENTO</p> <p>Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias; II – mérito do processo; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI – exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão de litisconsorte; VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII – (Vetado); XIII – outros casos expressamente referidos em lei.</p> <p>Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na</p>

<p>do agravante. § 4o (Revogado pela Lei nº 11.187, de 2005)</p> <p>Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: I – a exposição do fato e do direito; II – as razões do pedido de reforma da decisão; III – o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.</p> <p>Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.</p> <p>§ 1o Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.</p> <p>§ 2o No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.</p> <p>Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos</p>	<p>fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.</p> <p>Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: I – os nomes das partes; II – a exposição do fato e do direito; III – as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; V – o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo.</p> <p>Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída: I – obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II – com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal; III – facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.</p>
---	---

do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; II – converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no

§ 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela publicada pelos tribunais.

§ 2º No prazo do recurso, o agravo será interposto por: I – protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo; II – protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias; III – postagem, sob registro, com aviso de recebimento; IV – transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei; V – outra forma prevista em lei.

§ 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

§ 4º Se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original.

§ 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar

diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; VI – ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Art. 528. Em prazo não superior a 30 (trinta) dias da intimação do agravado, o relator pedirá dia para julgamento.

Art. 529. Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo.

outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em

	<p>antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; II – ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; III – determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias.</p> <p style="text-align: center;">Art. 1.020. O relator solicitará dia para julgamento em prazo não superior a 1 (um) mês da intimação do agravado.</p>
--	---

Fonte: Código Civil

Como se nota, o legislador retirou a abrangência do código de 1973, filtrando as possibilidades de impugnação das decisões interlocutórias dando prevalência ao rol taxativo com intuito de dar celeridade processual e com isso não eternizar a fase de conhecimento.

Importante lembrar que as decisões que não poderem ser atacadas de imediato não ocorrerá a preclusão, podendo assim ser discutida na Apelação ou nas contrarrazões.

2.3 A necessidade de impugnação de decisões interlocutórias imprescindíveis para o trâmite legal.

Neste tópico, devemos lembrar ainda em outra opção plausível sobre o que pode nos levar a uma saída ainda menos prejudicial se não quisermos fazer interpretação extensiva do artigo 1.015. Podemos utilizar o poder geral de cautela por meio das tutelas provisórias, basta atentar para os artigos 299 e 300 do Código De Processo Civil. De acordo com esses artigos. Vejamos:

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão⁷.

Como se extrai dos artigos acima, podemos utilizar a Tutela de Urgência ou Tutela incidental no decorrer do processo para garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. E, assim, desse modo garantir um processo célere e efetivo para todos os jurisdicionados.

Isso ainda não é tudo, alguns tribunais que vem dando a interpretação extensiva do artigo 1.015 e resolver as demandas no caso concreto que estão fora do rol taxativo, como por exemplo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, assim como TRF da 2º Região.

⁷ BRASIL. *Código de processo civil de 2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

Na mesma trilha o Superior Tribunal de Justiça, por meio dos Ministros da Quarta Turma, decidiu em 14 de novembro 2017, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial nº 1.679.909/RS, sendo viável a interpretação extensiva, quando trata-se de competência pois se assim não for não estará dando oportunidade a ampla defesa e contraditório das decisões interlocutórias. Vejamos:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015. 1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. 2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ. 3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo. 4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual. 5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda. 6. Recurso Especial provido.

(REsp 1679909/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)

Neste mesmo diapasão, a segunda turma por meio do Ministro Relator Herman Benjamin decidiu pela possibilidade da interpretação extensiva do rol taxativo do artigo 1.015. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA. 1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo. 3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015. 5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva. 6. "As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209). 7. De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, "o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso". (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência.

Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável. 9. Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 10. Recurso Especial provido.(STJ. REsp 1.649.667/PR. Relator Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Publicado em 18/12/2017)

Portanto, existem saídas para enfrentarmos esta lacuna deixada pelo legislador. Em outras palavras, não derramaremos uma avalanche de mandados de segurança nos Tribunais de todo o país causando desse modo insegurança jurídica aos jurisdicionados. A missão do processualista é contribuir para soluções rápidas e eficazes tanto no processo de cognitivo quanto de execução. Desse modo, pacificar os anseios da sociedade na busca do bem comum.

3 O MANDADO DE SEGURANÇA

A despeito das fontes históricas no direito comparado, as quais não nos cabe aqui delongar e que serviram de base para os estudiosos da época, fora de grande importância o esforço feito pela doutrina para fazer vigorar no ordenamento jurídico brasileiro um meio idôneo a ensejar a proteção jurisdicional dos direitos vinculados às liberdades contra o arbítrio do Estado.

Ora, não há dúvidas que, para a formação do Mandado de Segurança à brasileira, houve diversas influências de institutos similares de outros países, principalmente Inglaterra, Estados Unidos e México, que foram de grande valia para nosso sistema jurídico.

Nesse sentido tal consideração não deve ser interpretada como uma crítica ao nosso ordenamento, mas sim uma constatação pois “os conceitos jurídicos, na realidade, se constituem na cristalização verbal, e, pois, transmissível de uma experiência histórica que em si mesma alberga determinados valores⁸”.

⁸ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

E assim também foi com o Mandado de Segurança no Brasil, tendo surgido num contexto histórico, político, social e jurídico em que nosso país certamente vivenciou de maneira diversa dos outros povos.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro buscou absorver e incorporar princípios e postulados jurídicos já devidamente construídos pelas experiências históricas de outras nações, as quais não foram vivenciadas da mesma forma pelos brasileiros, sendo necessário que tais normas e princípios fossem adaptados a realidade daqui.

Entretanto, a despeito destas realidades históricas, o Mandado de Segurança brasileiro constituíra uma verdadeira inovação jurídica, adaptado à realidade da época, valendo ressaltar brevemente trecho de um voto do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos.

A doutrina dos povos de onde importamos o nosso instituto, funda-se, pois, na especialização processual de remédios, distingue e designa os meios de ação, segundo as violações do direito, e não isenta nenhuma destas de um remédio reparador. Entre nós. Onde não estão criados tais remédios, razão não prevalece, e como a Constituição estende amplamente o habeas corpus a todos os casos de coação ilegal ou violência contra o indivíduo, é forçoso admiti-lo como instrumento próprio para suspender ou prevenir infrações pela aplicação do brocardo – *ubi ius remedium* - máxima que resulta do nosso regime político, como das instituições daqueles povos⁹.

Desta forma, ainda que em nosso ordenamento o *mandamus* tenha sido inspirado em institutos semelhantes de outros países, foi o esforço da doutrina e do legislador nacional, atendendo às necessidades práticas da realidade brasileira, que conferiram ao MS as feições jurídicas que hoje se consolidaram.

É também nesse sentido que a discussão acerca da utilização dos interditos possessórios para a proteção de direitos pessoais, muito menos se tratou de uma questão meramente de dogmática jurídica do que de uma busca legítima para munir o cidadão de garantias, ainda ausentes no sistema brasileiro, conta possíveis desmandos do Poder Público.

⁹ OLIVEIRA NETO, Cândido de. Mandado de segurança. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 32. p. 252–333. apud FACCI, Lucio Picanço. Evolução histórica do mandado de segurança. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano. 7, n. 60, nov. 2002.

Neste diapasão, surgiram diversos projetos, sendo, o primeiro que se tem notícias, e que prestigiou o Mandado de Segurança como ação especial, o modelo proposto por Alberto Torres o que merece destaque inicial. Ainda em 1914, em seu livro “A Organização Nacional”, no seu projeto de reforma constitucional, Alberto incluía o *mandamus* com o nome de “Mandado de Garantia”.

Além dele muitas outras foram as contribuições dos operadores do direito na época, cabendo nos aqui salientar a importância do Ministro Afrânio de Melo Franco, que, após a revolução de 1930, que encabeçou a Comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto Constitucional da CF/34, e o Sr. João Mangabeira, que procurou tratar da questão em termos percussores do atual entendimento.

Nesse sentido, a criação do Mandado de Segurança, pela Carta Magna de 34 veio pôr, finalmente, termo à polêmica.

O interesse da questão resume-se, praticamente, à possibilidade de extensão dos interditos possessórios à defesa de direitos pessoais inerentes ao exercício de função pública, e à tutela possessória dos interesses individuais lesados por atos da Administração Pública. Para este fim, é que se fala, em posse dos direitos pessoais. Restrita a expressão a este significado, o problema da proteção de tais direitos perde muito do seu interesse, pois que outros remédios processuais, de eficácia igual, têm sido adotados com a mesma finalidade. Ente nós, a defesa dos direitos pessoais dessa ordem, que tenham sido lesados por ato de autoridade, processa-se através do mandado de segurança, que substitui, com vantagens, os interditos possessórios¹⁰.

Após seu festejado surgimento em 1934, o Mandado de segurança teve seu cabimento melhor especificado mediante a Lei n° 191, de 15 de janeiro de 1936, que complementou os dizeres da Constituição da época.

Ocorre que, até pelo mesmo viés político brasileiro daquele momento, a Carta Magna de 1937 não trouxe em seu bojo o Mandado de Segurança, retirando-lhe a qualidade de garantia constitucional, cogitando-se, até mesmo a extinção do *mandamus*.

Assim, a despeito de ter tido seu poder restringido pelo Decreto Lei n° 96, de 22 de dezembro de 1937, o Código de Processo Civil em 1939 tratou de reforçar o

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

writ, tratando de dispor o Mandado de Segurança entre os processos especiais (arts. 319 a 331).

Com a volta do estado democrático de direito, a Constituição de 1946 primou por restabelecer o Mandado de Segurança como garantia constitucional, ampliando o seu alcance e colocando por terra as restrições que lhe impunham o tratamento infraconstitucional do regime anterior.

Illuminado por este pensamento é que surge a Lei 1.533, em 31 de dezembro de 1951, que regulou o Mandado de Segurança até a primeira década dos anos 2000, sofrendo diversas alterações por força das Leis 4.166, de 4 de dezembro de 1962, Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, Lei 5.021, de 9 de junho de 1966.

Novamente constante na Constituição Federal de 1967, estranhamente o remédio constitucional passara em branco no Código de Processo Civil de 1973, se mantendo regido, todavia, por intermédio da Lei 1.533/51.

Na presente Constituição Federal de 1988, o Mandado de Segurança fora devidamente expresso no rol das garantias individuais para “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público¹¹”, previsto em seu artigo 5º, inciso LXX.

Atualmente a Lei 1.533/51 fora inteiramente revogada, sendo o MS passando a ser regulado por intermédio da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que passou a reger o Mandado de Segurança individual e coletivo e dá outras providências.

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça¹².

Por fim, o Código de Processo Civil de 2015 – NCPC, manteve o viés concedido ao MS durante essas décadas de evolução, enaltecendo a importância

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹² BRASIL. *Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 12 abr 2018.

desse instituto, corroborando e complementando os demais dispositivos que o preveem na legislação pátria, trazendo, inclusive, particularidades quanto ao processamento do writ.

3.1 Mandado de segurança contra ato judicial

Como já bem destacado, em 1951 o Mandado de Segurança fora disciplinado por lei própria, além de sua previsão constitucional, estabelecendo, inclusive alguns limites para o cabimento do remédio constitucional:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado¹³.

Ora, a necessidade de que o remédio constitucional se emergisse contra atos judiciais, surgiu justamente da ausência e, talvez, da ineficácia de instrumentos capazes de evitar possível lesão aos direitos das partes no processo.

Partindo de tal pressuposto, diversos tribunais decidiam pelo cabimento do MS contra ato judicial de qualquer natureza e instância, desde que esse ato seja ilegal e que viole direito líquido e certo do impetrante e não haja possibilidade de coibição eficaz e pronta pelos recursos comuns.

Portanto, a lei assevera justamente acerca da excepcionalidade de impetração de Mandado de Segurança contra ato judicial passível de ser rechaçado por recurso que tenha efeito suspensivo ou contra decisão que já tenha transitado em julgado.

Este entendimento não poderia estar em maior consonância com o que entendemos hoje pela teoria dos recursos e parte da premissa de que o próprio sistema recursal dispõe de meios para impugnar pontualmente cada tipo de ato judicial, inclusive determinando a necessidade ou não da suspensão de sua eficácia, tendo ou não ocorrido o trânsito em julgado, não sendo possível cogitar a aplicação

¹³ BRASIL. *Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

do *writ* como espécie de sucedâneo de recurso especificamente vinculado a determinado topo de decisão, até mesmo sob a constatação de ausência de interesse de agir.

Desta feita, deve-se, em princípio, preservar a logica do sistema trazido pelo CPC/2015, diferindo-se o reexame das decisões anteriores à sentença, mas não agraváveis, como material preliminar de apelação.

Entretanto, ao entender dessa forma, não se pode olvidar das situações em que o jurisdicionado pode vir a sofrer prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação diante de uma decisão de flagrante ilegalidade, caso não disponha de tutela jurisdicional tempestiva.

Assim é que, em hipóteses absolutamente excepcionais a aplicação do *mandamus* contida no precedente do RE 76.909, por meio do qual a Suprema Corte optou por abandar o disposto na Súmula 267, do próprio tribunal, e alargou a admissibilidade do MS contra ato judicial nos casos em que, a despeito da irrecurribilidade do ato judicial, seja manifestamente ilegal.

Neste diapasão, vale ressaltar as disposições previstas nas Súmulas 267 e 268, ambas do Supremo Tribunal Federal em que se firmou o entendimento pela inaplicabilidade do MS quando há outro recurso cabível, e quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado, respectivamente¹⁴.

Sumula 267 STF – não cabe MS se há outro recurso cabível

Súmula 268: Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado¹⁵.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça começaram a flexibilizar seus entendimentos no sentido de que cabe MS contra ato judicial para contestar decisão teratológica, que contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 20 de abr de 2018.

¹⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 20 de abr de 2018.

Cabe salientar que, a despeito dessa construção quanto ao cabimento do Mandado de Segurança, tal possibilidade não era muito utilizada visto que, em razão da ampla abrangência concedida ao Agravo de Instrumento pelo CPC/73. Entretanto, diante da extrema mudança proposta pela sistemática contida no artigo 1.015 do CPC/15, limitou por completo as possibilidades de impugnação imediata de interlocutórias.

De certo que, em face da alteração trazida e do retorno do rol taxativo para as decisões interlocutórias, retornarão à tona os já conhecidos pedidos de reconsideração, haja vista que seria impossível o legislador prever todas as hipóteses de cabimento do novo AGI.

Neste toar, urge ressaltar os ensinamentos trazidos por Maria Teresa Wambier, uma das principais responsáveis pela edição do Novo Código de Processo Civil.

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar¹⁶.

É justamente quanto esta possibilidade de impetração do *mandamus* para atacar qualquer decisão não passível de Agravo de Instrumento é que devem ficar atentos os tribunais e operadores do direito de modo geral, pois, diante do surgimento da lacuna quanto as decisões que imperam seu agravamento, tem se observado o retorno e fortalecimento da aplicação do remédio constitucional em situações em que há ausência de tutela pelo AGI.

Por evidente que seria impossível ao legislador do NCPC prever todas as hipóteses que o cotidiano nos tribunais necessitariam de uma tutela agravável em razão de sua urgência e que a postergação para o julgamento da apelação poderia gerar prejuízo irreparável às partes. Neste sentido:

¹⁶ WAMBIER, Maria Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo CPC: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

Não é difícil imaginar o estrago que o acolhimento da impugnação da decisão interlocutória nesse momento procedimental ocasiona ao procedimento, ao anular todos os atos praticados posteriormente à decisão interlocutória impugnada. Basta imaginar um processo no qual a prova pericial foi indeferida, a parte não pode agravar e alegou cerceamento de defesa na apelação. Depois de longo lapso temporal, quando tribunal de segundo grau finalmente enfrenta e julga a apelação, reconhece que houve um cerceamento de defesa. Voltam-se os autos ao primeiro grau para a produção da prova pericial, sendo no mínimo a sentença anulada. É realmente concernente com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo tal ocorrência?¹⁷

Diante de tal problemática a solução que se põe em debate é utilização do Mandado de Segurança para tais questões, em face de decisões interlocutórias em que não é cabível o Agravo de Instrumento.

3.2 Considerações críticas a respeito da sua aplicação contra interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015

Analisando a semântica da palavra, tem-se que a palavra “sucedâneo” “diz-se de ou qualquer substância ou produto que pode substituir outro por apresentar aprox. as mesmas propriedades; substituto.”

Como bem se sabe, de acordo com a Teoria Geral dos Recursos, o Processo Civil é governado por alguns princípios, dentre eles o da singularidade (ou unirrecorribilidade, ou unicidade) – segundo o qual para cada ato judicial recorrível, há um único recurso previsto pelo ordenamento – e o da taxatividade – segundo o qual só existem os recursos criados pela Lei.

Assim, em razão das alterações processuais advindas com o NCPC de 2015 abriu-se a interpretação doutrinária de três correntes distintas pendendo mais para um ou outro lado. Há doutrinadores que entendem pela aplicação (i) irrestrita do agravo de instrumento, semelhante ao que previa o CPC/73, sendo o rol do novo NCPC, em verdade, exemplificativo; (ii) de maneira extensiva da nova norma

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Jusspodivm, 2016.

trazida, mantendo, no entanto, a natureza taxativa do novo agravo; (iii) restrita do rol taxativo previsto no diploma legal, sem qualquer tipo de outra possibilidade.¹⁸

Foi infeliz a disposição que pretendeu restringir o cabimento de recurso, limitada que foi à hipótese da decisão que indeferir totalmente a produção antecipada de prova. Aqui pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados. No curso do processo é possível que haja atos de caráter decisório – sobre competência, composição da relação processual, de deferimento ou indeferimento de quesitos, de nomeação de perito suspeito, apenas para ilustrar – a gerar prejuízo imediato, pela simples razão de que, com a sentença nada resolverá sobre o mérito, isso tende a tornar realmente desnecessário eventual recurso de apelação¹⁹.

Sobre esse assunto nos ensina Alexandre Freitas Câmara:

[...] em casos nos quais se encontrem presentes, *cumulativamente*, dois pressupostos: primeiro, que não haja recurso *eficiente* contra a decisão, isto é, que o sistema processual não tenha previsto recurso capaz de permitir que se evite lesão ao direito do impetrante que o ato judicial que se pretende impugnar será capaz de perpetrar; segundo, que o ato judicial impugnado seja, como se convencionou dizer na prática forense, ‘teratológico’.

É que em alguns casos proferem-se decisões judiciais manifestamente equivocadas, *aberrantes*. Em doutrina já se definiu a decisão ‘teratológica’ (*rectius*, teratogênica) como ‘a decisão que afronta inegável e seriamente o sistema e que, paralelamente a essa afronta teórica, é capaz de gerar no campo dos fatos, no mundo empírico, prejuízo de difícil ou impossível reparabilidade²⁰.

Diante de tais considerações há que se observar a presença de dois requisitos para que seja aceito o Mandado de Segurança excepcionalmente, quais seja, quando a decisão for suscetível a causar a parte lesão grave irreparável ou de difícil reparação e não estiver elencada no rol taxativo do AGI.

¹⁸ ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano. 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/do.259.11.PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹⁹ ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, ano. 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/do.259.11.PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Sobre este viés, Daniel Assumpção assevera que aplicar tal entendimento constituiria um desvirtuamento da função do MS, além de que, caso os tribunais efetivamente admitam o rito mandamental contra decisões interlocutórias, estaremos diante de graves ofensas ao que preconiza o art. 5º, inciso II, da Lei 12.016 de 2009.

Para evitar que a impugnação de decisão interlocutória por mandado de segurança se popularize em demasia, a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliada das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorríveis por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal. Desde que se mantenha a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, parece ser uma boa solução.

Mas mesmo essa interpretação mais ampla das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem uma consequência funesta: a insegurança jurídica. Basta imaginar uma parte que deixa para impugnar a decisão interlocutória na apelação ou contrarrazões e tem sua pretensão recursal rejeitada com o fundamento da preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. Até que os tribunais definirem os limites dessa interpretação a insegurança jurídica imperará²¹

Um bom exemplo acerca desse impasse do judiciário se repousa na discussão de cabimento quando do indeferimento de prova pericial ou da alegação de incompetência. Ora, caso haja o indeferimento ilegal de determinada prova pericial, que eventualmente gere um prejuízo irreparável, tanto para a parte quanto para o normal seguimento da demanda, tal julgamento pode ser prejudicado e até mesmo anulado, levando consigo todo o trâmite já realizado e obrigando o judiciário a realizar o caminho novamente.

Além disso, até mesmo para aqueles que defendem uma interpretação ficariam em uma posição delicada, pois não há nas hipóteses previstas no 1.015 do NCPC, possibilidade de cabimento análoga a apresentada.

Neste diapasão, o que parece uma reflexão frente a situação enfrentada pelo judiciário é admitir o MS como sucedâneo na medida que, embora não esteja expresso na legislação processual civil como recurso, desempenha função semelhante.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Desta feita, como sucedâneo recursal o Mandado de Segurança desempenharia papel de efetividade do processo, pois se aplica quando houver omissão legal quanto ao sistema recursal, que o impeça de evitar ou coibir lesão ou ameaça a direito.

Assim, a partir do momento em que o NCPC reduziu as hipóteses admissibilidade de se recorrer de decisões interlocutórias por meio do Agravo de Instrumento, a postura dos tribunais não será o de aumentar o âmbito de cabimento do Mandado de Segurança, pois o efeito seria justamente o contrário do que buscou no NCPC. Entretanto, no exemplo de indeferimento do pedido de prova pericial, o tribunal deverá avaliar a possibilidade de impetração do MS, em razão da prejudicialidade que a não revisão desta matéria pode vir a gerar.

Desta feita, conforme se observará a seguir, em decisões contemporâneas, os tribunais têm entendido pelo não cabimento do MS para impugnar decisões interlocutórias não compatíveis ao rol taxativo do AGI, em razão de cabimento nas preliminares de apelação ou contrarrazões.

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Conforme já devidamente exposto no presente artigo, com a alteração das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sobretudo quanto ao rol ser taxativo (ao menos tem sido o entendimento majoritário aplicado pela doutrina e jurisprudência), sobreveio um problema de lacuna quanto a recorribilidade das decisões interlocutórias imprescindíveis ao deslinde do trâmite.

Nesse sentido, ao estabelecer rol taxativo para o recurso de agravo de instrumento emergiu a necessidade de recorrer contra decisões interlocutórias não constantes no rol, mas capazes de gerarem prejuízos processuais quanto a eficácia dos atos e sua possível anulação.

Diante disso, ainda não constitui ponto pacífico nos tribunais brasileiros a aplicação e aceitação do Mandado de Segurança como meio de sucedâneo recursal.

4.1 Confronto de Julgados nos Tribunais de Segunda Instância

A solução frente à problemática aqui desenvolvida tem sido ponto de intensa discussão pelos tribunais brasileiros, sendo imperativo ressaltar ao menos as decisões proferidas em segunda instância, de modo unicamente pela riqueza de informações nos votos em turmas e câmaras, mas também de modo a restringir um pouco o número de julgados aqui colacionados, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO. - Primeiramente, no que se refere ao pedido de citação do Município de Pedro Gomes/MS, mostra-se claramente precipitado. Ora, in casu, a decisão impugnada versa tão somente sobre o cabimento do writ e não examinou o direito líquido e certo objeto do remédio. Assim, se o colegiado der provimento ao recurso e determinar o processamento, então a providência será tomada. - O novo codex alterou substancialmente a sistemática do agravo de instrumento, pois passou a admitir sua interposição apenas nas hipóteses taxativamente previstas em seu artigo 1.015 ou expressamente referidas em lei (inciso XIII). O legislador, portanto, deliberadamente retirou do ordenamento a possibilidade de que toda e qualquer decisão interlocutória possa ser combatida por tal via recursal. - A alteração da sistemática recursal significou mudança de paradigma quanto à recorribilidade das interlocutórias. No CPC de 1973, a regra era a possibilidade de interposição do agravo contra todos os provimentos dessa natureza, inclusive na forma retida. No atual diploma processual, contudo, verifica-se eleita a excepcionalidade da sua apresentação, posto que firmado rol taxativo para tal irresignação. De conseguinte, é certo que não se aplica por analogia ou similitude o inciso III do mencionado dispositivo aos casos que versem sobre competência, questão que deverá ser tratada em sede de preliminar de apelação, nos moldes do artigo 1.009, § 1º, do CPC. - A decisão que trata de matéria relativa à competência, embora não tenha sido eleita como agravável, não é irrecurável. Cuida-se apenas do diferimento de sua apreciação. - Assentada a recorribilidade das decisões interlocutórias por meio de preliminar nas razões ou contrarrazões de apelação, surge a questão sobre a possibilidade de o diferimento produzir dano irreparável ou de difícil reparação, o que, para alguns, como o impetrante, justificaria o uso do mandado de segurança. - O legislador cuidou de apresentar solução para impedir eventual dano ao direito dos litigantes no curso do processo ao afastar a preclusão (art. 1.009, § 1º, CPC), de modo a possibilitar sua futura discussão, se ainda for de interesse da parte. Esse aspecto é de fundamental importância contra a tese dos que advogam a utilização do mandamus para os casos não previstos no artigo 1015 do CPC. Há muito, desde 13/12/1963,

quando foi aprovada a Súmula 267 do STF (Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.), a jurisprudência caminhou no sentido de impedir o desvirtuamento do mandado de segurança como mero sucedâneo recursal. Mais recentemente, o artigo 5º da Lei nº 12.016/09 expressamente baniu seu uso contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, vale dizer, positivou o entendimento jurisprudencial com o reforço da noção de existência de instrumento recursal hábil a impedir eventual lesão. Ora, como visto, a nova sistemática processual cuidou de estabelecer mecanismos precisos para esse fim, seja por meio de assegurar a interposição do agravo de instrumento nos casos considerados críticos, seja pelo afastamento da preclusão para o reexame futuro do decisum. Não é válido, portanto, o argumento de que a inexistência de um recurso imediato gera lesão apta a legitimar a utilização do remédio constitucional, porque há meio de impugnação previsto e o diferimento do exame não traz em si potencial para causar lesão processual. - Precedentes desta corte em casos idênticos no mesmo sentido: MS nº 0022921-69.2016.4.03.0000 e nº 0019728-46.2016.4.03.0000. - Agravo interno desprovido.

(TRF-3 - MS: 00197345320164030000 MS, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, Data de Julgamento: 05/07/2017, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2017)

AGRAVO interno EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. mandado de segurança CONTRA ATO JUDICIAL. não cabimento. 1. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção. O mandado de segurança contra ato judicial não pode ser considerado um sucedâneo recursal. Em se tratando de ato judicial, a via normal de impugnação é pelo uso dos recursos compatíveis, pois o mandado de segurança é ação e sobretudo garantia constitucional de proteção a direito líquido e certo contra ato arbitrário e ilegal de autoridade administrativa. 2. Agravo interno improvido.

(TRF-4 - MS: 50717295620174040000 5071729-56.2017.4.04.0000, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 21/02/2018, QUARTA TURMA)

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO II DA LEI Nº 12.016/2009. TERCEIRO CIENTE DO ATO JUDICIAL. A decisão proferida em execução fiscal que declara ineficaz arrematação desafia agravo de instrumento. Nos termos do artigo 5º, inciso II da Lei nº 12.016/2009, não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de impugnação por meio de recurso próprio, tendo em vista não ser sucedâneo recursal. No caso concreto, a despeito de o impetrante não ser parte no processo em que proferida a decisão atacada pelo writ, o mandado de segurança somente é

cabível quando o terceiro não teve condições de tomar ciência do ato judicial impugnado, inócurrenre na hipótese. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito.

(TRF-3 - MS: 00231408220164030000 SP, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, Data de Julgamento: 07/12/2017, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/02/2018)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. CABIMENTO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA AJUIZADA NA COMARCA DE DOMÍLIO DO SEGURADO. DOCUMENTOS HÁBEIS A COMPROVAR A RESIDÊNCIA. OPÇÃO ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO. 1. Em se tratando o ato inquinado de declinação da competência, a situação dos autos não é passível de impugnação, a princípio, nem por recurso com efeito suspensivo nem mesmo por correição parcial, razão pela qual o mandado de segurança merece trânsito. 2. A iterativa jurisprudência do STF entende que o art. 109, § 3º, da Constituição Federal, confere ao segurado ou beneficiário a opção de ajuizar a causa previdenciária perante a Justiça Estadual do foro do seu domicílio, sempre que a Comarca não seja sede de Vara da Justiça Federal. 3. A opção do segurado pela propositura da ação previdenciária na Comarca de seu domicílio é imodificável. 4. Não se sustenta a ilação de que a autora residiria em município não integrante da jurisdição territorial do juízo que declinou da competência, visto que as contas de energia elétrica comprovam o domicílio atual na comarca onde a ação foi ajuizada.

(TRF-4 - MS: 5496520174040000 PR 0000549-65.2017.4.04.0000, Relator: LUIZ ANTONIO BONAT, Data de Julgamento: 17/04/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR)

Assim, como bem se observa dos julgados acima colacionados, enquanto alguns tribunais têm pautado seu entendimento sobre a tese de que, frente a lacuna legal é ao caráter perecível e imprescindível de determinados pedidos, outros tribunais têm optado por uma postura mais restritiva, inibindo o processamento do *mandamus* em face da sistemática trazida no NCPC e as sumulas do STF já citadas.

4.2 A busca de um entendimento pacífico pelo Superior Tribunal de Justiça

Face a esta situação, foi a vez dos tribunais superiores se debruçarem sobre o assunto a fim de traçar um norte para as demandas em todo país sob risco de

prejudicialidade de direitos individuais e coletivos e a consolidação da segurança jurídica que está sendo ameaçada.

Desta feita, o egrégio Supremo Tribunal Federal vem adotando uma verdadeira mudança em seu entendimento de modo a abrandar as Súmulas 267 e 268, de sua autoria. E ainda, mais recentemente o colendo Superior Tribunal de Justiça também vem se posicionando de maneira mais flexível, senão vejamos.

Uma delas foi em novembro do ano de 2017 com o julgamento do REsp nº 1.679.909/RS, em que optou-se por dar entendimento extensivo à norma trazida no artigo 1.015 do Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o ilustre Ministro Luís Felipe Salomão, ressaltou naquela oportunidade:

Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

Recurso Especial provido.

Nessa ordem de ideias, apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015, penso que a decisão interlocutória, relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma. Deveras, a possibilidade de imediata recorribilidade da decisão advém de exegese lógico-sistemática do diploma, inclusive porque é o próprio Código que determina que "o juiz decidirá **imediatamente** a alegação de incompetência" (§ 3º do art. 64). Evitam-se, por essa perspectiva: a) as inarredáveis consequências de um processo que tramite perante um juízo incompetente (passível até de rescisória - art. 966, II, CPC); b) o risco da invalidação ou substituição das decisões (art. 64, § 4º, primeira parte); c) o malferimento do princípio da celeridade, ao se exigir que a parte aguarde todo o trâmite em primeira instância para ver sua irresignação decidida tão somente quando do julgamento da apelação; d) tornar inócua a discussão sobre a (in)competência, já que os efeitos da decisão proferida poderão ser conservados pelo outro juízo, inclusive deixando de anular os atos praticados pelo juízo incompetente, havendo, por via transversa, indevida "perpetuação" da competência; e) a angústia da parte em ver seu processo dirimido por juízo que, talvez, não é o natural da causa. Trata-se de interpretação

extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 - "rejeição da alegação de convenção de arbitragem" -, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

(STJ – Resp nº 1.679.909 – RS 4ª Turma, Relator: Luís Felipe Salomão DJE 17/12/2017)

Logo após, em dezembro também do ano passado, foi a vez do REsp nº 1.694.667/PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin em que novamente se prestigiou a interpretação extensiva do rol do AGI.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA. 1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo. 3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015. 5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva. 6. "As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos". (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didie Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209). 7. De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, "o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso". (Comentários ao Código de Processo

Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1.015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável. 9. Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 10. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp: 1694667 PR 2017/0189695-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/12/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2017)

E ainda, o mais recente movimento do STJ foi ao se debruçar sobre o REsp nº 1.704.520/MT, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se optou, inclusive, pela proposta de afetação do recurso e a delimitação da controvérsia.

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SELEÇÃO. AFETAÇÃO. RITO. ARTS. 1.036 E SS. DO CPC/15. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA. NATUREZA. ROL DO ART. 1.015 DO CPC/15. 1. Delimitação da controvérsia: definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos de referido dispositivo do Novo CPC. 2. Afetação do recurso especial ao rito do art. 1.036 e ss. do CPC/2015.

(STJ - ProAfR no REsp: 1704520 MT 2017/0271924-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/02/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 28/02/2018)

Diante disso, ainda não é possível afirmar com precisão qual será o entendimento adotado pelo STJ, restando ao menos 4 possíveis caminhos, sendo, dentre eles, este último o que se parece mais impróprio em razão da sistemática brasileira e hierarquia de normas brasileiras, reduzindo o *writ* constitucional em mero antibiótico jurídico.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho trouxe a baila uma crítica e explanação acerca do artigo 1.015 e seu rol taxativo, questão que passou a interferir diariamente no dia a dia dos advogados militantes assim como de todos os tribunais, seja ele Estadual, Federal ou Superior.

Conseqüentemente, demonstra a visão dos processualistas acerca desse tema tão importante para sociedade brasileira. Desse modo, foram elencadas decisões favoráveis e contrárias a interpretação extensiva ou analógica do rol taxativo do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil.

Portanto, buscou se lançar luzes às últimas decisões dos Tribunais acerca das decisões interlocutórias, a sua aceitação ou não pelos doutrinadores e a solução que vem sendo aceita até presente momento pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, já tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei sob nº 3.058 de 2015, do Sr. Bonifácio de Andrade que acrescenta o inciso XII ao artigo 1.015, bem como inclui um paragrafo no artigo 1.018, que retrata sobre Agravo de Instrumento.

Por fim, a utilização indiscriminada do Mandado de Segurança como um sucedâneo recursal não merece nosso guarida, mas a solução que parece mais viável em decorrência da novidade trazida pelo CPC/2015 é a definição taxativa do artigo 1.015, sendo sua interpretação extensiva, desde que respeitada a teleologia dos dispositivos.

Assim, o MS deverá ser cabível somente quando a interlocutória não for agravável pelo rol do 1.015 do NCPC e preencha os dois requisitos, quais sejam: i) perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; e ii) tratar se de ato judicial eivado de teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo civil de 1973*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. *Código de processo civil de 2015*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. *Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. *Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 12 abr 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 3.058/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1736078>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2016. v. 3.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Jusspodivm, 2016.

OLIVEIRA NETO, Cândido de. Mandado de segurança. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 32. p. 252–333. apud FACCI, Lucio Picanço. *Evolução histórica do mandado de segurança*. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano. 7, n. 60, nov. 2002.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Mandado de segurança contra ato judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015 do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. *Revista de Processo*, São

Paulo, v. 259, ano. 41, p. 259-273, set. 2016. Disponível em:
<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/do.259.11.PDF>. Acesso em: 20 abr. 2018.

WAMBIER, Maria Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo CPC*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

A TEORIA DA CAUSA MADURA NOS RECURSOS ORDINÁRIOS EM SEDE DE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE THEORY OF MATURE CAUSE IN ORDINARY RESOURCES IN HEADQUARTERS OF SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Rodrigo Santana Teixeira¹

RESUMO

No Novo Código de Processo Civil, de 2015, em seus artigos 332 e 1.013, §3º, apresenta a situação jurídica de que processos com condições suficientes para julgamento e versarem exclusivamente em matéria de Direito, conforme o CPC/1973, o juiz poderá julgar o *meritum causae* de imediato sem sequer citar a parte contrária. A teoria que abrange estes artigos é a chamada Teoria da Causa Madura, com o fito primordial para a celeridade processual, privilegiando ambas as partes. No dispositivo legal diz respeito somente aos casos que versarem em recurso de apelação, porém há entendimento doutrinário e jurisprudencial que cabe a referida para todo e qualquer recurso, por entender que a norma supracitada tem caráter extensivo e que, portanto, abrange os recursos ordinários constitucionais, grosso modo. Das causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional são de competência da Justiça Federal em primeira instância, fundando em sentença que poderá ser recorrido pelo recurso ordinário ao STJ. Em se tratando de hipóteses de mandados de segurança, oriundos ou de Tribunal de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais, em que foi denegado a ordem, o cabimento para o julgamento do recurso ordinário é do Superior Tribunal de Justiça, pelo fundamento constitucional do artigo 105, inciso II, alínea “b” da Constituição Federal de 1988. Todos estes aspectos elucidam a Teoria da Causa Madura e nos traz a importância da celeridade processual, donde o próprio Tribunal *ad quo* poderá julgar, imediatamente os processos que já estejam cabíveis para recurso, astiando melhores resultados no poder judiciário.

Palavras-chave: Teoria da Causa Madura. Recursos ordinários. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

In the New Code of Civil Procedure, in 2015, Articles 332 and 1,013, paragraph 3, present the legal situation of which cases with sufficient conditions for judgment and exclusively dealing with matters of law, according to CPC / 1973 the judge may judge the *meritum causae* immediately without even to quote the opposite

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, UniCEUB. Aluno do Curso de Pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

party. The theory that covers these articles is the so-called Mature Cause Theory, with the primordial purpose for procedural celerity, privileging both sides. The legal provision refers only to cases that deal with an appeal, but there is a doctrinal and jurisprudential understanding that refers to any and all remedies, because it understands that the aforementioned norm is extensive and therefore covers ordinary constitutional remedies, roughly speaking. Of the cases based on a treaty or contract of the Union with a foreign State or an international organization, the Federal Court has jurisdiction in the first instance, based on a decision that may be appealed by the ordinary appeal to the STJ. In the case of hypotheses of writs of mandamus, originating or of the Court of Justice of the States or Federal Regional Courts, in which the order was denied, the jurisdiction for the judgment of the ordinary appeal is of the Superior Court of Justice, for the constitutional foundation of the article 105, item II, letter "b" of the Federal Constitution of 1988. All these aspects elucidate the Theory of Mature Cause and brings us the importance of procedural speed, where the Court ad quo itself will be able to judge immediately the processes that are already available to appeal, giving better results in the judiciary.

Key Words: Theory of Mature Cause. Ordinary Resources. Higher Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como tema a teoria da causa madura nos recursos ordinários em sede de Superior Tribunal de Justiça, numa visão teórica, abordando a autonomia que a referida teoria apresenta ao Tribunal ad quem em julgar processos que estejam em condições de imediato julgamento e que versem exclusivamente em matérias de Direito.

O objetivo do presente artigo é vislumbrar a importância da teoria da causa madura com sua celeridade no reexame de processos que versem exclusivamente em matérias de Direito pelo próprio Tribunal; além de ver seu impacto com relação à processos que tenham íntima relação com o artigo 109, inciso II, da Carta Magna de 1988, bem como de Mandados de Segurança, oriundos de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, que são denegados na ordem.

A metodologia aplicada tem como instrumentos uma revisão da literatura jurídica, a partir de obras doutrinárias, estudos de pensadores acerca da teoria da causa madura e de seus impactos nos recursos ordinários em sede de Superior Tribunal de Justiça. Há também o uso de jurisprudências.

No primeiro subtítulo aborda-se a conceituação da Teoria da Causa Madura, realçando sua origem na legislação brasileira, e a defesa dessa referida teoria com

base nos princípios do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, da demanda, do contraditório, da razoável duração do processo, da proporcionalidade; bem como de apresentar os requisitos necessários para a investidura cabível para a apreciação da teoria, como que ser apresentada mediante o recurso de Apelação e que verse exclusivamente em matéria de direito e esteja em imediatas condições de julgamento.

No segundo subtítulo descreve-se a influência da referida teoria não somente pela interposição do recurso de Apelação, porém em outros recursos ordinários constitucionais como, por exemplo, do agravo de instrumento; realçando a controvérsia de certos julgados quanto ao respectivo tema, enaltecendo o caráter extensivo da norma; principalmente em sede de Superior Tribunal de Justiça.

Também é abordado a questão da hipótese do artigo 109, inciso II, da Constituição Federal de 1988, onde se vislumbra perfeitamente a aplicação da competência ao STJ quanto a análise ou da apelação ou do agravo de instrumento. Outro ponto importante analisado é com relação ao que se estabelece frente ao artigo 105, inciso II, alínea “b” da referida Carta Magna de 1988, onde denegada a ordem, a competência de julgar o mandado de segurança, oriundo de Tribunais de Justiça ou de Tribunais Regionais Federais, é do próprio Superior Tribunal de Justiça. Pontos que afirmam a importância da Teoria da Causa Madura, uma vez que prioriza a celeridade processual pelo mesmo Tribunal ad quem, permitindo que o princípio do duplo grau de jurisdição e do amplo contraditório sejam respeitados, processualmente falando.

1.1 A TEORIA DA CAUSA MADURA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

A Teoria da Causa Madura teve sua origem no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Foi posto legalmente no fim precípua da aprimoração da prestação jurisdicional, em respeito à justiça, ao princípio da celeridade processual e da eficácia da norma frente ao fato.

A doutrina diz ser causa madura aquela que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito¹. Reafirma sua posição sobre a teoria quanto à sua aplicação. Deve ser aplicada no Tribunal de segunda instância quando o magistrado, em erro in iudicando; ou seja, em vez de julgar o mérito, põs fim ao processo a partir de uma sentença processual, sobre a ação, julgando o autor carecedor de ação, dentre outros exemplos. Pelo princípio da causa madura, o Tribunal reforma a sentença, na conclusão, proferindo julgamento de mérito, indicando pela procedência ou improcedência do pedido.

O efeito devolutivo é intrinsecamente atrelado à teoria, devendo o recorrente delimitar o tema da matéria para a reapreciação do tribunal ad quem, manifestando ou para a anulação da sentença, devido a um erro in procedendo, ou para a reforma da decisão ora impugnada, mostrando-se eivado um efetivo erro in iudicando, devendo a esta instancia delimitar seu julgamento naquilo que foi justamente posto para o seu alzo conclusivo pronunciamento, em sentença.

Os princípios processuais aplicáveis ao instituto da Teoria da Causa Madura, e importante escrevê-los, pois há uma ligação umbilical com a própria Constituição, são os seguintes: Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: a possibilidade de recorribilidade para outras instâncias da justiça, garantindo um reexame do fato e do Direito. No fato da Teoria da Causa Madura, um processo que apresente condições suficientes para ser já julgado, tendo por questão exclusivamente de Direito, deverá ser imediatamente julgado pela instância do próprio Tribunal, favorecendo, assim, a celeridade processual, tão emergente no sistema jurídico brasileiro.

Sobre tal princípio, a doutrina afirma que:

O duplo grau desempenha funções em dois planos, ambos ligados à estrutura do Estado de Direito: a sociedade, que, em cada processo, está ‘representada’ pelas partes, exerce o controle da atividade estatal por meio do manejo dos recursos; e, no plano interno do Poder Judiciário, os órgãos hierarquicamente superiores de certo modo ‘controlam’ as decisões dos inferiores.²

¹ ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 63.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2a fase da reforme do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 140p.

O Princípio do Juiz Natural se elenca com a Teoria da Causa Madura, vez que é necessário juiz competente e legítimo para o julgamento do feito, o que de fato acontece, vez que assegura ao Tribunal o julgamento de causas que estejam em perfeitas condições de julgamento. Não impede o duplo grau de jurisdição, uma vez que é assegurado o reexame da matéria de Direito, mesmo estando na mesma instância de segundo grau, bem como o magistrado de tribunal, com isso, é competente constitucionalmente para tanto. Necessário também que este reexame pela mesma instância seja feito de forma imparcial, natureza jurídica de qualquer magistrado em sua atuação jurisdicional.

Salutar o esclarecimento da doutrina com relação a este princípio:

É essencial que o juiz a que se submete o processo seja imparcial, sob pena de se retirar toda a legitimidade de sua decisão. Por esta razão, aliás, é que as leis processuais estabelecem relações de vícios de parcialidade dos juízes, enumerados sob as denominações genéricas de causa de impedimento e de suspeição (CPC, arts. 134 e 135).³

O Princípio da Identidade Física do Juiz, sendo princípio consagrado no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973, infelizmente suprimido pelo atual Código de 2015, ainda valora a noção de que juiz finalizador da audiência julgue a lide, salvo determinadas exceções. A questão ora salientada é a de que o juiz que detém o conhecimento da lide, e que colheu as provas, inclusive inquirição de testemunhas, por exemplo, tem condições satisfatórias em julgá-lo, em conformidade com o seu livre convencimento, pautado numa ótica jurídica.

Isso se enquadra à Teoria da Causa Madura, uma vez que a instância que vislumbre um processo, o conhece nas principais fases de sua formação para posterior julgamento, detém esta na especialidade em julgá-la, sem ao menos ferir com a recorribilidade da decisão, vez que a pauta da imparcialidade continua vigente na atuação jurídica dos magistrados, bem como de julgar aquilo que intrinsecamente recorreu, apenas em matéria de Direito.

O Princípio da proibição à *reformatio in pejus* tem sua proximidade com a referida teoria, uma vez que combate um julgamento de um recurso que seja *mais*

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v.1. p. 46-47.

*desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso*⁴; ou seja, luta para que não haja julgamento infame para uma das partes e beneficia o outro, prevalecendo uma harmonia quanto ao *check and balances* jurídico. Embora não tem previsão legal, é reconhecido pela doutrina no processo civil.

Em sua decisão, o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em uma Medida Cautelar em Habeas Corpus aponta tal princípio:

Tem-se entendido, nesta Suprema Corte, que, em situações como a ora em exame, em que o Ministério Público sequer se insurgiu contra o capítulo da sentença que garantiu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, não poderia o Tribunal de superior jurisdição suprimir esse benefício, em detrimento do condenado, sob pena de ofensa à cláusula final inscrita no art. 617 do Código de Processo Penal: “(...) POSSÍVEL OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A ‘REFORMATIO IN PEJUS’ (CPP, ART. 617, ‘in fine’), POIS O TRIBUNAL DE INFERIOR JURISDIÇÃO ORDENOU QUE SE PROCEDESSE, EM PRIMEIRO GRAU, À IMEDIATA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, NÃO OBSTANTE ESSE COMANDO HOUVESSE SIDO DETERMINADO EM RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU CONDENADO, A QUEM SE ASSEGURARA, NO ENTANTO, EM MOMENTO ANTERIOR, SEM IMPUGNAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE A CONCLUSÃO DO PROCESSO. (...)” (HC 147.452/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)⁵

O referido princípio tem estreita ligação com a Teoria da Causa Madura uma vez que impede que a decisão da instância de segundo grau seja realizada em prejuízo da outra parte ao passo que manche seu direito à justiça. O que de fato necessita ser realizado é a efetiva realização jurisdicional, privilegiando o *dever ser*, cabendo ao Tribunal realizar seu ofício de julgamento.

O Princípio da Demanda também está em funcionamento com a referida teoria. Tal princípio, em conformidade com o Princípio da Inércia, coroado no artigo

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. 434p.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar. *Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 153.431 - SP Apelação Criminal nº 0001282- -18.2009.8.26.0274 - SP*. Pacte (s): Agnaldo Luciano Pisanelli. Impte. (s): Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-execucao.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

2º, no NCPC, impõe limites ao Estado Jurisdicional naquilo que deve aplicar a lei na lide processual. Com relação à Teoria da Causa Madura, a partir da relaboração do pedido para o reexame da mesma instância em segundo grau, o Tribunal apenas valorará quanto a matéria de Direito e naquilo que exclusivamente foi pedido, não sendo avaliado em outros aspectos.

Há também outro princípio, que sem dúvida não existiria sequer os demais, que é o Princípio do Contraditório, em conformidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Tal princípio inspira na formulação deste novo exame ao Tribunal, devendo a este julgar nas matérias de Direito. Efetiva, inclusive, a atividade processual plena, efetiva, justa e equânime, privilegiando a todos para este contraponto de argumentos para, independente do resultado final, sobressair a justiça.

Necessário o resguardo de tal princípio na hipótese em que abarca tal teoria, vez que pode ocorrer de julgamentos surpresas por parte do Tribunal, por entender que todos estão à par da justiça e de seu sistema legal e que o mesmo assume o reexame do processo.

A doutrina, a respeito disso, já diz que:

O fato de o § 3º estabelecer competência funcional ao órgão ad quem implica dizer que o tribunal tem o dever de decidir a lide quando ocorrente a hipótese estabelecida no dispositivo em comento, independente de pedido expresso do apelante, do apelado ou de terceiro.⁶

Contudo, é importante a troca de informações entre justiça e partes para que haja efetiva justiça de forma a não comprometer nenhum dos desinteressados. De qualquer forma, a essência da Teoria da Causa Madura é preservada, fazer justiça pela própria instância de segundo grau.

Uma das grandes preocupações da justiça é quanto às morosidades processuais. No artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, privilegia o princípio da razoável duração do processo nesta legitimidade em dar celeridade processual.

⁶ BARIONI, Rodrigo. A proibição da reformatio in pejus e o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005. p. 718.

A doutrina afirma a ligação que se deve ter entre a razoabilidade do processo com uma justiça que seja célere, sem desmerecer seu papel judicante:

[...] Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.⁷

Referido princípio tem uma irmandade quanto ao princípio da proporcionalidade, conduzindo à uma compreensão de que julgamento de quaisquer processos devem levar na ponderação da análise dos fatos e do Direito. Com relação a teoria da causa madura, é importante salientar que só ocorre a referida teoria quando há condições suficientes para um imediato julgamento pelo próprio Tribunal *ad quem* e exclusivamente em matéria de Direito. Logo, a celeridade se encontra quando se apresenta os referidos requisitos e não há dúvidas de que existe celeridade processual com a referida teoria.

Os requisitos para que haja a Teoria da Causa Madura, são: necessidade do acontecimento da interposição do recurso de Apelação contra sentenças terminativas. Sobre isso no Código de Processo Civil de 1973, se encontra o respaldo no artigo 267 c/c o artigo 515, §3º, do mesmo código. É certo que da sentença caberá Apelação, conforme artigo 1.009 do Novo Código de Processo Civil de 2015; ou seja, contra decisão desfavorável aplicada na sentença de primeiro grau, é imprescindível a recorribilidade por meio da apelação para Tribunal de segundo grau.

Há entendimento jurisprudencial e doutrinário que a teoria da causa madura não caberia somente para o recurso de apelação; também incidiria em decisões interlocutórias, mandados de segurança, dentre outros. Neste artigo científico, em posterior momento, serão discutidos a presença da referida teoria em mandando de segurança em sede de Superior Tribunal de Justiça.

Além da necessidade do recurso de apelação contrário à sentença terminativa, é necessário que a recorribilidade versar exclusivamente em matéria de Direito e

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.5.

esteja em condições imediatas de julgamento. Logo, as razões de fato já deveriam ter sido vencidas em anterior instância, analisadas conforme os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e que a justiça ocorreu de forma sensata, principalmente ter sido verificado uma ampla produção de provas.

A doutrina diz que:

Havendo questão de fato, não se pode julgar a causa sem dar oportunidade ao autor para que prove os fatos constitutivos de seu direito (CPC333 I) e ao réu para que demonstre os impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (CPC 333 II). Se a causa não estiver suficientemente instruída e o tribunal mesmo assim afastar a extinção do CPC 267 e julgar o mérito, haverá cerceamento de defesa, com ofensa à garantia prevista na CF 5º LV. Caso a instrução probatória, quanto às questões de fato, tenha sido realizada, poderá o tribunal julgar desde logo o mérito, sem ofender a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.⁸

Outro importante princípio que se coaduna com o referido tema é o reexame necessário. Logicamente o princípio da causa madura se assemelha ao referido princípio, uma vez que só se realiza mediante uma sentença terminativa, com a qual terá a necessidade, por parte do indivíduo, de recorrer da decisão que lhe foi desfavorável. Mesmo sendo a recorribilidade no tribunal *ad quem*, é cabível pois envolve em situações em que esteja em condições imediatas para julgamento e versem sobre matérias de Direito

A Teoria da Causa Madura, portanto, é eficaz para os casos que apresente condições imediatas de julgamento no próprio Tribunal *ad quem* e que versem exclusivamente em matérias de Direito. Privilegia os princípios do duplo grau de jurisdição, bem como do juiz natural, da demanda, da razoável duração do processo, abarcando, pois, a justa celeridade processual e o efetivo julgamento desses processos com estes requisitos, permitindo à instância de segundo grau, o Tribunal, resolver a lide, sem privar o indivíduo de recorrer justamente e dignamente.

⁸ NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 434.

1.2 Campo de aplicação da teoria da causa madura no direito processual civil brasileiro

Transcorrida a conceituação da Teoria da Causa Madura, elencando aspectos fundamentais, passa-se para o campo de aplicação da referida teoria no Direito Processual Civil. Elenca-se, para uma maior facilitação ao tema e didática acadêmica, em separado o assunto com relação ao impacto quanto ao recurso de apelação, ao agravo de instrumento e com relação aos Recursos Ordinários Constitucionais e o papel do Superior Tribunal de Justiça.

1.2.1 Apelação

No atual CPC, em seu artigo 1.013, §3º, descreve a possibilidade de julgamento imediato pelo Tribunal *ad quem*. É sabido, em conformidade com o artigo 1.009 do NCPC, que da sentença cabe apelação. É um recurso, em primazia do princípio do duplo grau de jurisdição, que tem seu condão processual recursal.

Denominada Teoria da Causa Madura encontra-se com um respaldo maior com relação a este recurso, vez que não houve, na lei, uma extensão na sua literalidade legal ao demais recursos, viabilizando uma hermenêutica que estende o pensamento jurisdicional também aos demais. Conquanto um processo estiver em condições imediatas de julgamento e versar seu pedido exclusivamente em matéria de Direito poderá ser analisado pelo mesmo Tribunal *ad quo*. Isso já é realizado em sede de recurso de Apelação.

1.2.2 Agravo de Instrumento

O Agravo de Instrumento é meio hábil para recorrer de decisões interlocutórias. Tal instrumento recursal é interposto nas hipóteses de impugnação em decisões que apresentem lesões graves ou de reparação difícil, em casos de destrancamento de inadmitidos recursos, bem como em outras hipóteses previstas na lei.

Como dito anteriormente, de acordo com o enunciado no artigo 1.003, §3º, do NCPC, denota a interposição da Teoria da Causa Madura restrita aos julgamentos dos recursos de apelação, retirando a hipótese de utilização da mesma teoria em outros segmentos de recursos como, por exemplo, do recurso de agravo de instrumento.

O artigo 109, inciso II da CF/1988 indica que compete aos juízes federais processarem e julgarem as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no país. Da decisão deste juiz federal caberá recurso ordinário ao STJ, que poderá advir por meio de uma apelação ou agravo de instrumento, advindo de decisões interlocutórias, fundamentado na Lei nº 8.038/1990, artigo 36, inciso I e II. Posteriormente discute-se este artigo em subtítulo subsequente.

Anota-se que a Teoria da Causa Madura estende a todos os recursos, mesmo não estando na literalidade da lei, porém abarcando de modo extensivo no artigo 1.003, § 3º, do NCPC. A doutrina leciona nesse sentido, dizendo:

Conforme se nota da expressa previsão do art. 1013, § 3º, I, do Novo CPC, a norma diz a respeito à apelação, sabidamente uma das espécies recursais. Ocorre, entretanto, que parcela considerável da doutrina entende ser a regra pertencente à teoria geral dos recursos. Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial ao agravo de instrumento, recurso ordinário constitucional (STJ, 2ª turma, RMS 17.123/ES, Rel. Min. Humberto Martins, j. 15.04.2008, DJ 25.04.2008; STJ, 3ª Turma, RMS 20.541/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.03.2007, DJ 28.05.2007).⁹

Isso responde ao fato de que o agravo de instrumento também seria, como o recurso de apelação, motivo hábil a interpelar a Teoria da Causa Madura como motivo de o Tribunal *ad quem* resolver, de imediato, questões de Direito. A doutrina que tinha como base o CPC de 1973 enunciou sobre isso, dizendo que:

O § 3º do art. 515 não se restringe ao âmbito do recurso de apelação, sendo comum a os meios de impugnação, tendo em vista que, salvo exceções, a modificação legislativa não é restritiva, mas sim extensiva a todo o sistema recursal.¹⁰

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.680.

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT. p.644.

Alguns dos julgados em sede de Superior Tribunal de Justiça decidem favoravelmente ao acolhimento do agravo de instrumento, com base na Teoria da Causa Madura, uma vez que se mostra um verdadeiro atalho a novidade instruída pelo CPC, no vetor de proporcionar uma velocidade processual, sem prejudicar nenhuma das partes, animando consigo o princípio da celeridade processual, motivo este de grande renome ao acolhimento, inclusive, desta teoria aos conhecimentos doutrinários jurídicos.

É benefício para ambas as partes prequestionar em razões ou contrarrazões quaisquer pontos que vejam necessárias para uma reanálise ao Superior Tribunal de Justiça, bem como ao Supremo Tribunal Federal. Se comparam, quanto a recorribilidade, ao recurso de Apelação e não deixaria a essência, pois se assemelha ao duplo grau de jurisdição, ao direito de recorrer no mesmo Tribunal *ad quem*.

A doutrina¹¹ admite a aplicação da Teoria da Causa Madura nos casos também que envolve o agravo de instrumento, pois não limitações na seara hermenêutica jurídica de aplicar também a referida teoria sobre determinado recurso, pelo Tribunal, ao toque da matéria devolvida.

Importante esclarecer que não se deve dizer que referida teoria caiba a todos os recursos, uma vez que o recurso especial e o extraordinário demandam refinadas técnicas jurídicas, não alcançando a matéria fática. Porém é certo que se admite nos recursos estudados neste artigo.

1.3 Recurso Ordinário Constitucional (interposto nas hipóteses previstas no art. 109, II, da CF/1988)

O artigo 109, inciso II, da Constituição Federal de 1988, nos diz que nas causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no país, é de competência de os juízes federais processarem e julgarem.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 162-163; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 349-350; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT. p. 643-644; Alvim, J.E. Carreira.

Porém, da sentença destes juízes federais de primeira instância caberá recurso ordinário, Apelação, ao Superior Tribunal de Justiça. Das decisões interlocutórias dos referidos magistrados de primeiro grau, caberá agravo, tanto retido quanto de instrumento, ao mesmo memorável Superior Tribunal de Justiça. Todos estes recursos em conformidade também com a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que diz:

Art. 36 - Nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa domiciliada ou residente no País, caberá:

I - apelação da sentença;

II - agravo de instrumento, das decisões interlocutórias.

Art. 37 - Os recursos mencionados no artigo anterior serão interpostos para o Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, o disposto no Código de Processo Civil.

A escrita do artigo 37 nos remonta a plena aplicabilidade da Teoria da Causa Madura, uma vez que didaticamente preceitua que serão aplicados os requisitos de admissibilidade e procedimento; ou seja, mesmo não passando pelo crivo do Tribunal Regional Federal, a competência foi destinada ao Superior Tribunal de Justiça. Essa deslocação não afetará o devido duplo grau de jurisdição. A análise processual seguirá com os meus ditames constitucionais.

Saliente dispor da hipótese de longa demora para o efetivo processamento ao passar antes para o TRF, uma vez que pela Constituição matérias de ordem infraconstitucional e de assuntos estrangeiros são de competência do STJ. Incorre, pois, num efetivo olhar jurídico para uma celeridade processual, o que se vislumbra na referida teoria que, como já dito, tem ampla significação neste artigo.

1.3.1 Recurso ordinário constitucional (interposto contra acórdão que denega a ordem em mandados de segurança de competência originária de TJ, TRF e STJ).

O artigo 105, inciso II, alínea “b”, da CF/1988, que se reproduzem no antigo CPC/1973, artigo 539, inciso I e II, indica que o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, com relação aos mandados de segurança

decididos em única instância ou pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e que foram denegados na decisão, são competentes para o julgamento em recurso ordinário.

Logo, a indicação constitucional quanto a competência absoluta do STJ com relação ao respectivo conflito é precisa e sem nenhuma controvérsia. Porém, vislumbra-se respectivos julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça que inadmitem a análise do respectivo recurso ordinário constitucional por entender que não o cabe no princípio da causa madura:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESTRUÇÃO E ELIMINAÇÃO DAS MÍDIAS APREENDIDAS HÁ MAIS DE 10 ANOS. PRAZO DECADENCIAL. 120 DIAS. OBSERVÂNCIA. ENFRENTAMENTO DO MÉRITO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Em não se tratando de pedido de reconsideração, mas de novo pleito, não há falar em decadência do direito à impetração, uma vez que a decisão de indeferimento se deu em 8/10/2013 e o mandado de segurança foi impetrado em 22/11/2013. 2. Não cabe o enfrentamento do mérito diretamente nesta Corte, uma vez que o "princípio da causa madura" (antigo art. 515, § 3º, do CPC) não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, conforme entendimento da Sexta Turma, firmado por ocasião do julgamento do AgRg no RMS n. 27.278/RS. 3. Agravo regimental provido para conhecer e prover o recurso, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para exame do mérito do mandamus. (STJ - AgInt no RMS: 46841 GO 2014/0295129-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/12/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2017).¹²

Data vênua à decisão do Superior Tribunal de Justiça, porém é aplicável o recurso ordinário em mandado de segurança, vez que pela hermenêutica jurídica, o enunciado do artigo 1.013, § 3º, do NCPC, é de caráter extensivo e que, portanto, alonga o entendimento não somente ao recurso de apelação, mas sim aos recursos ordinários, o que de fato é a compreensão do que realmente o legislador enunciou na norma supracitada.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrument. *Agravo interno no recurso em mandado de segurança nº 46.841 - GO (2014/0295129-0)*. Agravante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433530844/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-46841-go-2014-0295129-0/inteiro-teor-433530854?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Afirmar que não se cabe o preterido recurso é o mesmo que não admitir que a questão fosse imediatamente julgada pela mesma instância, permitindo uma significativa celeridade com relação aos inúmeros processos que tramitam não somente nesta instância superiora, porém em todo o território nacional. Envolvendo o objeto em que a instância pode decidir, é impossível imaginar o não cabimento do recurso em razão do princípio da causa madura.

Sem contar com os outros julgados da referida corte superiora que não admite referidos recursos por questões ínfimas, inclusive pedindo o retorno ao Tribunal de origem por entender da inaplicabilidade do princípio da causa madura, sabendo que não deveria realizar tal ação, uma vez que o princípio admite o julgamento pela próprio Tribunal *ad quem*, não ad quem, quando se deparar condições suficientes para a resolução da lide.

Outro julgado que elucida a respeito da necessidade em ser acolhido a referida teoria e manter o recurso no tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONFIRMAÇÃO NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES (ART. 34 DA LEF). DESÍDIA DA FAZENDA PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106/STJ. REFORMA DESSE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM O RITO CÉLERE DO WRIT. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão que denegou a Segurança. 2. No writ, o recorrente pretende cassar a sentença que negou provimento aos Embargos Infringentes do art. 34 da LEF, com base na decretação da prescrição do crédito tributário. 3. Embora cabível, em tese, a discussão em Mandado de Segurança quanto ao suposto caráter teratológico da decisão judicial (tendo em vista não configuradas as hipóteses do art. 5º, II e III, da Lei 12.016/2009), tem-se que a decretação da prescrição teve por base a constatação, pelo órgão julgador, de desídia da Fazenda Pública e de inaplicabilidade do disposto na Súmula 106/STJ. 4. Dessa forma, a reforma das conclusões adotadas nas instâncias de origem revela a inadequação do writ, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. 5. Recurso Ordinário desprovido.(STJ - RMS: 54074 SP 2017/0112239-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento:

21/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2017).¹³

Novamente, data vênia a decisão, porém a partir da leitura dos mencionados dispositivos legal que esclarecem a respeito da competência do referido STJ e STF em face do disposto neste subtítulo, os mesmos apresentam competência de segunda instância, e que, portanto, diferentemente dos recursos excepcionais com as quais ordinariamente convivem, o recurso ordinário constitucional não requer prequestionamento e pode envolver exame de provas.

Na referida extração acima de um julgado, houve o desprovimento do recurso ordinário pela necessidade de dilação probatória, o que poderia ter sido feito em sede de recurso ordinário nesta mesma instância superiora. Não se vislumbra a lei e seus comandos normativos, tampouco suas orientações. Desprover um recurso ordinário por esse motivo, sabendo que poderá ser feito o lapso probatório pelo mesmo, é inimaginável, legalmente falando.

Outro ponto importante para discorrer contra a decisão proferida é que estar-se diante de uma dissídia com a fazenda pública e foi desprovida por este motivo também por não entender o cabimento do referido recurso ordinário, e logo, rechaçado a postulação do princípio da causa madura.

O que se verifica é que antes da postulação da referida decisão, houve-se uma respectiva sentença terminativa, cabendo então um reexame necessário da matéria ora impugnada. Ora, a função do recurso ordinário e do reexame necessário se coadunam, de modo a possibilitar a aplicação, analogicamente, da Teoria da Causa Madura neste duplo grau de jurisdição.

A doutrina já entende da aplicação da Teoria da Causa Madura nos recursos ordinários, cogitando-os com fundamento no NCPC, artigo 1.013. É de se lamentar que em julgados pelo STJ não se tenha julgado, por ele mesmos, processos que estavam aptos para imediatamente serem solucionados em suas lides.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 54.074 – SP (2017/0112239-2)*. Recorrente: Município de Leme. Recorrido: Norival Francisco da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514585433/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-54074-sp-2017-0112239-2/inteiro-teor-514585448?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

É de se lamentar tal atitude, vez que a jurisprudência vislumbra na Teoria da Causa Madura o próprio princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, permitindo que Tribunais pudessem avançar sobre o mérito da causa e solucionassem, desde logo, os litígios, sem que houvesse necessidade de que o processo retornasse para a instância inferior, retardando, assim, com o sistema jurídico brasileiro.

A permissão que é concedida aos Tribunais *ad quem*, que no caso é o próprio STJ, os beneficia no que se refere ao imediato julgamento, visto que se há imperiosa necessidade de provas ou questões acerca do Direito, são acobertados pelos recursos ordinários constitucionais, devendo a este Superior Tribunal de Justiça, semelhando-se também legalmente ao Supremo Tribunal Federal, na resolução da lide. Afastar-se desse dever jurisdicional é omitir a proteção do judiciário para com aqueles que necessitam da voz imperiosa do *dever ser*.

Observa-se, por fim, que o dispositivo legal, artigo 1.013, §3º, do NCPC, figura normativa de todo a escrita deste artigo científico, é maculado em diversos julgados por não entender aplicabilidade da Teoria da Causa Madura pela errada interposição de certos recursos, pedindo que voltem a instância inferior, tendo por consequência o retardamento quanto à celeridade processual, tanto aclamada, com urgência, em nosso sistema jurídico brasileiro.

O que se pode afirmar é que estar-se diante de uma norma extensiva, e que na verdade o legislador incorreu em erro em não dar a devida nomenclatura, que seria “recursos ordinários” ao tribunal, uma vez que apelação é apenas uma dentre os outros recursos que tem a essência dessa recorribilidade, devendo esta interpretação atingir os artigos constitucionais vislumbrados neste subtítulo.

Portanto, os recursos ordinários têm inclusão no entendimento da Teoria da Causa Madura por simplesmente abarcar processos que estão em condições de imediato julgamento e versarem exclusivamente em matérias de Direito, devendo o Tribunal *ad quo*, seja ele os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados do Brasil, bem como outras instâncias superiores, julgar o mérito e aplicar a Bom Direito.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Causa Madura, como também salientado insistentemente neste artigo como Princípio da Causa Madura, favorece o sistema jurídico brasileiro com a eficiência na celeridade processual nos trâmites jurisdicionais.

A concessão aos Tribunais para que apreciem matérias de mérito ao lapso de não ter sido apreciada pelo juízo *ad quo*, sendo respeitados os requisitos legais e os princípios do direito processual civil, diminui os “trilhos” processuais de maneira incisiva, tornando que a prestação jurisdicional seja efetiva, sem que haja qualquer rompimento das respectivas garantias que são fundamentais ao processo.

Partindo deste inovador benefício pela produção da aplicação da Teoria da Causa Madura, foi analisada no presente artigo científico a importância dos princípios processuais para a validação da referida teoria, enaltecendo essa possibilidade que favorece significativamente o espaço jurídico, com processos resolvidos e acelerando os demais para a realização ordem judicante.

Foi-se analisado, também, a essencialidade dos requisitos imprescindíveis para que aconteça, de fato, o uso da causa madura. Estando presentes sentenças terminativas e imediata condições de julgamento, bem como causa exclusivamente de direito, é motivo hábil para a interposição do referido princípio com relação ao respectivo processo, juntamente ao Tribunal *ad quem*.

Verificado que a referida teoria, no artigo 1.013, §3º, do NCPC, não restringe somente ao recurso de apelação, mesmo que o referido dispositivo legal norteia para recursos ao Tribunal, porém a norma tem caráter extensivo e, na verdade deveria ter sido legislado com a nomenclatura devida, que seria recursos ordinários, uma vez que o recurso de apelação é um dentre vários outros que apresentam a essência da recorribilidade, permitindo o cumprimento do efetivo duplo grau de jurisdição, bem como do contraditório e ampla defesa.

Mesmo entendimento se estende aos artigos constitucionais debruçados exaustivamente neste artigo científico, abarcando a causa madura na competência ordinária do STJ em processar e julgar mandados de segurança que foram denegados a ordem, oriundos ou Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais

Federais, privilegiando ao Superior Tribunal de Justiça como verdadeira instância de segundo grau nestes respectivos casos.

Ademais, soberana é a devida aplicação analógica de referido princípio como objeto do referido artigo científico aos recursos ordinários, previstos no ordenamento jurídico-processual brasileiro, como ordem principal em aniquilar com a mazela da demora jurisdicional contemporânea, logo, a morosidade processual. Fato este que desmorona com a credibilidade do jurídico não somente numa ótica internacional, mas por uma visão plural de todos os cidadãos do território nacional brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ciro Rangel. *A teoria da causa madura: alcance e limites do art. 515, §3º, do código de processo civil. 69 f.* Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Escola de Direito da FGV, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10486/Ciro%20R.%20Azevedo.pdf?sequence=3&isAllowed=y.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BARIONI, Rodrigo. A proibição da reformatio in pejus e o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 de abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrument. *Agravo interno no recurso em mandado de segurança nº 46.841 - GO (2014/0295129-0)*. Agravante: Pedro Paulo Guerra de Medeiros. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15 de dezembro de 2016. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433530844/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-46841-go-2014-0295129-0/inteiro-teor-433530854?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 54.074 – SP (2017/0112239-2)*. Recorrente: Município de Leme. Recorrido: Norival Francisco da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514585433/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-54074-sp-2017-0112239-2/inteiro-teor-514585448?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar. *Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 153.431 - SP Apelação Criminal nº 0001282- -18.2009.8.26.0274 - SP*. Pate (s): Agnaldo Luciano Pisanelli. Impte. (s): Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-suspende-execucao.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Juliana Lima Barroso. *Teoria da causa madura: clássico mecanismo de celeridade processual mantido pelo novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9480>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

RIBEIRO, Evilazio Marques. *O estudo principiológico do duplo grau de jurisdição em nível constitucional à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1278>.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT.

ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006

A APLICAÇÃO DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NA CONTAGEM DOS PRAZOS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE 2015 CIVIL PROCEDURE'S CODE APPLICATION ON JUDICIAL RECOVERIES DEADLINES

Daniel Franco Ferreira¹

RESUMO

Trata-se de artigo no qual se pretende analisar o modo como a contagem de prazo prevista pelo art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 se relaciona com prazos dispostos na Lei de Recuperações e Falências, no qual aborda-se, preliminarmente, assuntos propedêuticos relativos ao tema, tais como a finalidade da recuperação judicial.

Palavras-chave: recuperação judicial. contagem de prazos. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

There is here an article in which it's intended to analyze the way in which the counting of term established by the article 219 from 2015 Civil Procedure's Code relates to deadlines founded on Recoveries and Bankruptcies Act, in which preliminary matters are first related to the theme, such as the purpose of judicial recovery.

Keywords: judicial recovery. deadline counting. 2015 Civil Procedure Code.

1 INTRODUÇÃO

Após mais de uma década de existência da Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, denominada Lei de Recuperações e Falências, a aplicação de seu conteúdo normativo ainda permanece complexa. Sejam pelas divergências materiais enfrentadas nos Tribunais do país no processo hermenêutico ou pela multiplicidade de correntes de pensamento divergindo acerca do sentido e validade de seus vários

¹ Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC, graduado em Direito, com concentração em Direito Empresarial, pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub, aluno do Curso de Pósgraduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – Uniceub/ICPD, é advogado na cidade de Brasília, com escritório em SMPW 17 Conjunto 1 Lote 1 H, Park Way, Brasília/DF, CEP 70.740-718 e endereço eletrônico em francoferreiraadv@gmail.com.

dispositivos originais, o entendimento deste ato normativo está longe de ser pacífico. Não fosse complexa o suficiente, ainda tivemos alterações diretas, como as promovidas pela Lei Complementar nº. 147 e Lei nº. 12.873, e indiretas no estado da arte legal, intensificando o nível das destas divergências.

Uma destas alterações indiretas foi a substituição da Lei nº. 5.869 pela Lei nº. 13.105, respectivamente os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, a qual trouxe dúvidas diversas ao regramento processual dado pela Lei nº. 11.101, tendo em vista aplicação supletiva daquelas normas gerais de direito processual aos ritos especiais propostos pela Lei de Recuperações e Falências.

Essa alteração foi substancial em vários sentidos, notadamente em relação ao modo de contagem de prazos processuais, cuja contagem ocorria em dias corridos sob a sistemática anterior. Conforme o Código de Processo Civil de 2015, por força do *caput* do art. 219 e seu parágrafo único, os prazos processuais serão contados em dias úteis. Tal alteração, conseqüentemente, trouxe diversas celeumas ao âmbito recuperatório-falimentar, as quais serão o objeto deste estudo.

1.1 A recuperação judicial

Substituindo o Decreto-Lei nº. 7.661, a Lei nº. 11.101 extinguiu o instituto da concordata do nosso ordenamento jurídico, suprimindo a lacuna criada com novo instituto, a recuperação judicial. Podendo ser procedimentalizada pelas vias judiciais ou extrajudiciais. A recuperação judicial, conforme instituída, tem por escopo o redimensionamento das obrigações de empresas em situação de crise, no interesse da preservação da atividade produtiva. Nesse sentido é a Lei:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.²

Podemos perceber que o dispositivo acima elenca um rol de finalidades, tais como a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos

² BRASIL. Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

interesses dos credores e, no caso concreto, vez ou outra, estes objetivos entrarão em conflito.

Por essa razão, pautando-se pelo princípio da preservação da empresa, o rol de finalidades elencadas não parece constar de forma aleatória. Ao contrário, dado o princípio norteador, a manutenção da fonte produtora precede à do emprego dos credores, bem como ambas precedem à manutenção do interesse dos credores.

Nesse mesmo sentido orienta Manoel Justino Bezerra Filho, que igualmente entende que:

a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o interesse dos credores. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu.”³

Todavia, a recuperação judicial não é viável em todos os casos. Para que uma empresa em crise econômico-financeira possa obter sua concessão, é necessário que se cumpra uma série de elementos essenciais: a conjeturação de uma série de atos tendentes a sanar a crise, veiculadas por um plano de recuperação direcionado aos credores; o consentimento destes, aprovando o plano; a concessão por meio de referendo judicial autorizando a aplicação do plano; e o implemento das ações propostas a fim de se superar a crise.⁴

Em derradeira análise de mérito, o julgamento destes aspectos é realizado pelos credores a cujo plano se direciona, os quais se pautarão por um critério de viabilidade da empresa, a fim de formar opinião sobre a plausibilidade do plano proposto.

De outro modo, em não sendo positivo o julgamento, não há o que fazer senão a decretação da falência, medida que frequentemente frustra o recebimento da maior parte dos valores devidos aos credores, na medida em que a massa falida

³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005*, comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 144-145.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 42-43.

arrecadada não tende a superar o montante das dívidas da empresa, gerando verdadeiro ônus aos credores afetados por este passivo a descoberto.

Conforme afirma Marlon Tomazette, “apenas empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na recuperação judicial”, portanto os credores somente aprovarão o plano se vislumbrarem a possibilidade fática do cumprimento do plano, sopesando interesses conflitantes, o ônus da manutenção ou do encerramento da atividade.⁵

Identificada a crise, entendida pelo devedor como sanável, tem o devedor a faculdade de promover ação com pedido autônomo de concessão da recuperação, caso cumpra os requisitos do art. 48 da Lei:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

– não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

– não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.⁶

Ainda, caso seja deferido o recebimento e processamento de pedido de falência formulado por credor, faculta-se ao devedor formular pedido de recuperação incidentalmente, dentro do prazo da contestação, nos termos do art. 95, mediante demonstração do cumprimento dos requisitos do supracitado art. 48.

Para ambos os casos, portanto, para que possa obter a concessão do pedido de recuperação, o devedor em crise deve apresentar plano de recuperação em juízo no prazo de sessenta dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação, sob pena de decretação da falência. É o que determina o art. 53 da Lei.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3. p. 43.

⁶ BRASIL. *Lei nº. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

Conforme disposição legal, o plano deverá conter descrição pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, bem como deverá demonstrar sua a viabilidade econômica instruída por laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e direitos da empresa devedora subscrito por profissional habilitado.

1.2 A aplicação do Código de Processo Civil de 2015 aos procedimentos da Lei nº 11.101

A aplicabilidade do novel Código de Processo Civil aos processos cujas leis extravagantes determina procedimento especial é matéria que frequentemente cria conflitos acerca da aplicação da lei processual. A dificuldade advém da derivação da maior parte destes procedimentos especiais ao arcabouço sistemático do Código anterior, não se tratando de meros apanhados aleatórios de regras, mas regras especiais com gênese no estado da arte da sistemática processual vigente ao momento de sua edição.

Vindo a ser substituída a base normativa deste sistema, teremos problemas no tocante aos aspectos descontinuados pela nova sistemática. O problema em si não se limita à manutenção da aplicabilidade de lei especial em face de lei geral, o que é facilmente resolvido pelos métodos de resolução de conflito aparente de normas. Portanto, não há falar em substituição das normas oriundas de lei especiais pelas inovação legislativa em lei geral. O cerne do problema está na aplicação supletiva da lei geral superveniente, na aplicabilidade desta lei às lacunas do rito proposto por lei extravagante.

É o caso do rito previsto na Lei nº. 11.101 para a recuperação judicial, cuja delimitação se deu conforme os valores da sistemática processual existente ao momento de sua edição. Diante desse cenário, exsurtem-se questões a serem resolvidas, sendo uma delas o modo de contagem dos prazos previstos na Lei nº. 11.101 em face das inovações promovidas pelo novel Código de Processo Civil.

1.3 A nova sistemática de contagem de prazos do Código de Processo Civil de 2015 e seu reflexo nos prazos do procedimento da recuperação judicial

Uma das modificações mais substanciais, promovida pela Lei nº. 13.105, foi a alteração acerca da contagem de prazos, nos termos do art. 219: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”

Trata-se de alteração fundada no interesse da advocacia. Na ocasião da tramitação, foi amplamente referendada por advogados, uma vez que seriam excluídos dos prazos já apertados os feriados e finais de semana, não considerando mais para estes fins os dias que, em tese, seriam designados ao repouso dos causídicos nacionais.

Embora louvável sob a ótica das condições de trabalho do advogado contencioso, esta alteração deflagrou vários problemas, dentre os quais o seguinte: como se dará a contagem dos prazos no rito da recuperação judicial? Antes disso, cabem algumas considerações sobre o novo sistema.

Conforme o parágrafo único do supracitado art., este método de contagem aplica-se tão somente aos prazos processuais. Considerada a *ratio legis* acima exposta, a defesa dos interesses laborais do advogado, é razoável que tal contagem seja restrita a prazos processuais, na medida em que a aplicação em qualquer categoria de prazo influiria na razoável duração do processo, o que iria de encontro ao princípio constitucional consolidado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.⁷

Ainda, é de se ressaltar que a referida norma se aplica somente aos prazos contados em dias, não sendo aplicáveis à contagem em outras medidas de tempo, tais como horas, meses ou anos, por força de interpretação literal do dispositivo. Portanto, matéria fora do recorte aqui proposto são os prazos previstos na Lei nº. 11.101 cuja medida de tempo não é dada em dias, recaindo a controvérsia, ora objeto investigado, sobre os prazos fixados em dias, tais como os prazos para apresentação do plano pelo devedor, formulação de objeção ao plano pelos credores, convocação da assembleia geral de credores, habilitação de créditos, impugnação de créditos,

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

sobretudo o prazo de suspensão das ações individuais contra o devedor em recuperação.

Diante do acima exposto, temos de perquirir se é juridicamente procedente a aplicação de tal norma processual geral no âmbito especial do processo recuperatório. Caso seja positiva a resposta, cabe distinguir os prazos previstos na lei especial em comento, discriminando quais teriam natureza processual ou material.

1.4 Os fundamentos pró e contra a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ao ritoespecial da recuperação judicial proposto pela Lei nº 11.101

Assim como em toda questão jurídica relevante nova, não há entendimento uníssono sobre a aplicação do art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 aos prazos previstos na Lei nº. 11.101.

No sentido da inaplicabilidade, podemos nos fundar na especialidade desse procedimento face à generalidade da novel lei processual.

Ora, a peculiaridade do direito material envolvido implica formulação de procedimento adequado, cuja instrumentalização seja dada por meio de técnicas compatíveis com as necessidades dos direitos subjetivos em conflito, não havendo utilidade prática na criação de direito subjetivo ao estado de recuperação econômico-financeira sem a proposição de rito especial.

Nessa perspectiva, invasão indevida de regras oriundas de outras fontes de direito a um procedimento feito sob medida, para ser aplicado somente em determinada situação jurídica, iria de encontro à lógica determinante da necessidade de criação desse rito especial, na medida em que redundaria em homogeneização do procedimento em relação ao rito comum. Sem o devido cuidado, isso retiraria a essência do procedimento especial, sua razão de ser.

Além disso, em sentido semelhante, pode-se fazer uma crítica de natureza prática, considerada a *ratio legis* tanto da novel lei processual quanto da lei especial em estudo. Tal crítica consiste no argumento de que a aplicação resultará prolongamento excessivo ao processo.

Tendo em vista que a lógica estabelecida aos prazos previstos na Lei 11.101 consideraram sua medida temporal no paradigma de prazos contínuos existente ao momento da edição, o alargamento de prazos como o de 60 dias para apresentação do plano de recuperação, de 180 dias para a suspensão das ações e execuções em face do devedor, 150 dias para realização da assembleia geral de credores, teria um efeito perverso na duração do processo recuperatório, acentuando ainda mais a famigerada morosidade típica dos processos judiciais.

Diferentemente dos prazos peremptórios, destinados exclusivamente ao advogado, para que possam exercer sua função postulatória por meio da elaboração de petições escritas devidamente fundamentadas, os prazos apontados no parágrafo anterior têm natureza diferente, não sendo destinados exclusivamente à compatibilização da jornada de trabalho do advogado com a realidade laboral dos trabalhadores em geral.

Em sentido oposto, temos de considerar que, em relação aos aspectos em que não houver razão ontológica que enseje especialidade, o procedimento especial deve se assemelhar ao máximo ao rito comum. Isso implica que a edição de procedimento especial se justifica tão somente quando e na medida em que as especificidades do direito material em conflito assim ensejarem.

Em relação aos demais aspectos, comuns a outras categorias de direito material, a especialização não seria recomendável, por ausência de racionalidade, cabendo, quanto a estes aspectos, o razoável regramento em sentido uníssono ao rito comum.

Portanto, se aplicável o *template* do procedimento comum à técnica de formulação de procedimentos especiais, como ponto de partida, os ajustes necessários para seu amoldamento ao direito material relacionado, não devem ir além do necessário.

Assim como é técnica de formulação, deve ser, na mesma medida, técnica hermenêutica que compatibilize o entendimento da norma com a *ratio legis*. Nesse sentido é a norma de natureza supletiva presente no art. 189 da Lei n 11.101, o qual, positivado em suas disposições finais e transitórias, conforme teor do art. 189,

determina que “aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei”.⁸

Quanto à contagem dos prazos, não há o que discutir acerca da Lei nº. 11.101. É omissa, limitando-se a lei a dispor sobre aspectos quantitativos. Há de se considerar, contudo, se estamos diante de uma lacuna ou de um silêncio eloquente.

Entendido que o legislador, ao editar a lei, considerou o padrão até então dominante no sistema processual pátrio de contagem em dias corridos, julgou desnecessária a repetição de norma acerca disso, poderíamos considerar tal método premissa axiológica do legislador, o qual não teria sido tratado por não se vislumbrar, ao momento, modo de contagem diverso.

De modo diverso, se partirmos da ideia de que os valores inerentes ao espírito do legislador na ocasião da edição de leis é menos relevante que seu resultado material, ou seja, seu texto literal, devemos concluir que há real omissão passível de integração pelo novo diploma processual, pois não há outro dispositivo legal que concorra com o art. 219 nesse sentido.

Em sendo o caso de aplicação deste modo de contagem de prazo, devemos nos debruçar sobre a natureza dos prazos presentes na Lei nº 11.101 acerca do procedimento de recuperação judicial.

Em linhas gerais, esboçando o rito proposto pela lei, contudo sem a intenção de analisar caso a caso todos os prazos previstos na lei, temos que, ciente deferimento do processamento por meio da publicação, o devedor terá 60 dias para apresentar o plano de recuperação. Uma vez apresentado, aos credores será facultada a formulação de objeções em 30 dias.

Salvo melhor juízo, há aí diversos prazos processuais. A apresentação do plano de recuperação é, em sua essência, complemento ao pedido recuperatório. Deve ser apresentado nos autos, subscrito por advogado, cabendo-lhe todas as consequências processuais típicas do descumprimento de prazos peremptórios. Tem a mesma natureza a eventual objeção pelos credores, por meio de seus procuradores,

⁸ BRASIL. *Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

na medida em que a inércia por parte deles implica aceitação do plano em sua forma original.

Quanto ao procedimento de verificação de créditos, o prazo de 15 dias para habilitações e formulações de divergências à fixação inicial do quadro-geral de credores pelo administrador judicial é prazo processual, em razão de o direito de votar ou não em assembléia decorrer da figuração como credor no quadro-geral, não havendo direito a voto, com exceção do credor trabalhista, ao crédito com habilitação retardatária, conforme o art. 10 da Lei.

O administrador judicial, por sua vez, após o término do prazo para habilitações e divergências de quem se repute na condição de credor, terá 45 dias para, mediante análise destes atos e dos demais documentos com valor contábil, apresentar sua relação de credores, o qual será realizado por meio de advogado, seja o próprio administrador ou terceiro contratado para esta finalidade.

É bem verdade que não temos acima prazo que cause prejuízo às partes. No entanto, trata-se de prazo processual, cujo descumprimento terá efeitos devastadores ao administrador, uma vez que poderá ser destituído do cargo, por força do art. 31 da Lei, perdendo, inclusive, o direito à remuneração, conforme o art. 24, § 3º.

Por fim, mas não menos importante, temos o prazo máximo de 180 dias de suspensão das ações e execuções movidas em desfavor do devedor:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o **caput** deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamiento judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre esse assunto, recentemente julgou a aplicabilidade do art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 ao prazo previsto no § 4º do art. 6º da Lei 11.101. Em 11 de abril de 2018, a Quarta Turma julgou o

mérito do Recurso Especial nº. 1.699.528, decidindo que a contagem dos prazos de suspensão das execuções e para apresentação do plano de recuperação judicial deve ser feita em dias corridos e ininterruptos, sob o fundamento de que esse entendimento atende à especialização dos procedimentos dispostos na Lei nº. 11.101.

O relator do recurso, ministro Luis Felipe Salomão, apresentou voto nesse sentido. Conforme seu entendimento, os prazos de 180 dias de suspensão das ações executivas em face do devedor deve ser contado de forma contínua, restando inaplicável a contagem em dias úteis prevista no Código de Processo Civil de 2015:

O microsistema recuperacional e falimentar foi pensado em espectro lógico e sistemático peculiar, com previsão de uma sucessão de atos, em que a celeridade e efetividade se impõem, com prazos próprios e específicos que, via de regra, devem ser breves, peremptórios, inadiáveis e, por conseguinte, contínuos, sob pena de vulnerar a racionalidade e unidade do sistema, engendrado para ser solucionado, em regra, em 180 dias depois do deferimento de seu processamento.⁹

Malgrado seja manifestação recente e recaia sobre prazo que, a nosso ver, não possui natureza processual, na medida em que transfigura em direito subjetivo do devedor ou de sua massa falida, a decisão ainda não é transitada em julgado e não é apta a formar precedente qualificado, embora o Tribunal indique sua provável interpretação futura acerca do tema sobre os demais prazos.

Caso seja transposto esse entendimento a prazos propriamente processuais da lei, a exemplo dos identificados anteriormente, sob a justificativas de celeridade processual manejadas como argumento neste julgado, ousaríamos discordar. Seria fantasiosa, a nosso ver, a responsabilização ao modo de contagem de prazos já apertados, como é o caso dos puramente processuais, pela mora processual, na medida em que a realidade nos mostra que não são os hiatos promovidos pelos prazos processuais os motivos reais de atraso no devido encerramento dos processos em trâmite no Poder Judiciário.

⁹ Acórdão não publicado até o momento. Trata-se de excerto de notícia divulgada no próprio sítio eletrônico do Tribunal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Noticias/Contagemde-prazos-na-recuperação-judicial-deve-ser-feita-em-dias-corridos>. Acesso em 20 abr. 2018.

Vale aqui reproduzir argumentação de Daniel Amorim Assumpção Neves sobre o tema, a qual julgamos lúcida. O autor afirma o seguinte:

[...] O processo demora demais, muito além do tempo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, mas culpar os prazos por isso é inocência. A culpa na realidade é do tempo morto, ou seja, o tempo de espera entre os atos processuais, principal culpado pela morosidade procedimental. Com audiências sendo designadas para meses depois, com autos conclusos a perder de vista, com esperas dramáticas pela mera juntada de uma peça, entender que a contagem de prazo somente durante os dias úteis ira atrasar o andamento do processo é trabalhar em paralelo com a realidade.¹⁰

Filiamo-nos a esse entendimento em relação aos prazos processuais, por entender que, neste caso, a dignidade laboral, como recorte extraído da dignidade da pessoa humana, tem prevalência sobre a celeridade processual em um eventual juízo de ponderação entre valores fundamentais.

2 CONCLUSÃO

Entendemos que o art. 219 do Código de Processo Civil de 2015 é parcialmente aplicável ao rito da recuperação judicial previsto pela Lei nº 11.101, a depender da natureza do prazo, por literal disposição das Lei 11.101 e do Código de Processo Civil de 2015. É o caso das manifestações do devedor, dos credores e do administrador judicial no processo.

Ainda, entendemos que argumentos relativos a celeridade processual para não aplicar o método de contagem de prazos em dias úteis em relação a prazos processuais no rito da recuperação judicial não procede, na medida em que o confronto com a realidade forense nos mostra que não são os prazos destinados aos postulantes no processo judiciais os motivos determinantes para o atraso na prestação jurisdicional.

Todavia, entendemos que qualquer prazo não estritamente processual, sem conexão com o exercício da atividade postulatória do advogado, não deve ser contado conforme a nova sistemática, em razão do óbice feito pelo parágrafo único do art. 219 do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 13.256/2016*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005*, comentada artigo por artigo. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil: leis 13.105/2015 13.256/2016*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3.

A APLICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE DA SENTENÇA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO

THE APPLICATION OF THE EXHAUSTIVE FOUNDATION OF THE CIVIL PROCEEDINGS TO THE LABOR PROCESS

Suellen Maria Alves Carvalho¹

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a aplicação da fundamentação exauriente prevista no artigo 489, parágrafos e incisos do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. Trata-se da análise da aplicabilidade do processo civil de forma supletiva ou subsidiária por meio da utilização de legislações e doutrinas para que se possa debater se a fundamentação exauriente otimiza o processo do trabalho ou contraria princípios trabalhistas.

Palavras-chave: Fundamentação Exauriente. Processo Civil. Processo do Trabalho.

ABSTRACT

The present research is about the application of the exaustial reasoning provided for in article 489, paragraphs and sections of the Code of Civil Procedure to the Labor Process. It is the analysis of the applicability of the civil process in a supplementary or subsidiary way through the use of legislation and doctrines so that it can be debated whether the exhausting reasoning optimizes the labor process or contravenes labor principles.

Keywords: Exhaustive Rationale. Civil lawsuit. Labor Process.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema principal o debate acerca da aplicação da fundamentação exauriente presente no artigo 489 do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

Para se falar em aplicação de uma norma processual civil no âmbito trabalhista faz-se necessário entender como seria possível essa aplicação. Diante disso, o primeiro capítulo aborda a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, seja na fase de conhecimento ou na fase de execução.

¹ Bacharel em direito – Centro Universitário de Brasília – UniCeub, Brasília/DF – suellen.carvalho20@hotmail.com - Aluna de curso Pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ICPD

Ademais, são apontados entendimentos doutrinários quanto ao assunto de forma a esclarecer qual a diferença da aplicação subsidiária da supletiva.

No segundo capítulo fica mais claro quão divergente é a extensão da possibilidade de utilização do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, tendo em vista a edição pelo Tribunal Superior do Trabalho da Instrução Normativa nº 39/2016, a qual delimita quais as normas do Código de Processo Civil são aplicáveis e quais não são ao Processo do Trabalho, o que segundo a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) viola princípios e normas constitucionais, levando ao ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5516.

Por fim, no terceiro e último capítulo, aborda-se a temática central em conjunto aos temas abordados nos capítulos anteriores, confrontando entendimentos, visto que para alguns estudiosos a aplicação da fundamentação exauriente do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho em nada prejudica a atividade jurisdicional e sequer configura inconstitucionalidade, enquanto para outros a referida aplicação acarreta em violação a princípios do direito do trabalho.

2 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA OU SUPLETIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO

Inicialmente, para melhor abordagem do tema central do trabalho é imprescindível que se entenda sobre a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017) prevê em seu artigo 8º, §1º que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. E, ainda, no artigo 769 que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas do trabalho.²

O CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), por sua vez, em seu artigo 15 estipula que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições do Código de Processo Civil lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. O artigo 1.046, §2º possui previsão semelhante:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.³

² BRASIL. *Decreto-lei n. 5452/43 alterada pela lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

³ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

No que concerne a execução trabalhista também se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC), conforme normatização do artigo 889 da CLT:

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.⁴

Apresentadas as previsões legais que versam sobre a aplicação subsidiária e supletiva, cabe entender a diferença de cada aplicação.

Enquanto a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) utiliza o termo subsidiariamente, o CPC acrescenta a aplicação supletiva. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho consoante o artigo 769 da CLT seria nos casos de omissão da legislação trabalhista, necessita, ainda, ter compatibilidade com as normas trabalhistas, o que leva a interpretação de que se deve adequar também aos princípios processuais trabalhistas já que integram a normatização do processo do trabalho.⁵

Então, o artigo 769 da CLT teria a finalidade de evitar que o processo civil adentre demais no processo do trabalho de forma a descaracterizar o direito processual trabalhista, tendo em vista que a CLT prevê em seu artigo 8º, “caput”, a utilização de jurisprudências, princípios, usos e costumes, dentre outros, em caso de falta de dispositivo legal ou contratual:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Mauro Schiavi classifica as lacunas da legislação processual de três formas:

- a) normativas: quando a lei não contém previsão para o caso concreto. Vale dizer: não há regulamentação da lei sobre determinado instituto processual;
- b) ontológicas: quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada. Aqui, a norma regulamenta determinado instituto processual, mas ela não encontra mais ressonância na realidade, não há efetividade da norma processual existente;
- c) axiológicas: quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória. Existe a norma, mas sua

⁴ BRASIL. *Decreto-lei n. 5452/43 alterada pela lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁵ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017. p. 44.

aplicação conduz a uma solução incompatível com os valores de justiça e equidade exigíveis para a eficácia da norma processual.⁶

A extensão do emprego da subsidiariedade do CPC no âmbito trabalhista possui duas linhas de pensamento: A primeira é restritiva, limitando a aplicação do CPC a apenas quando houver lacuna normativa, busca proteger princípios como o da segurança jurídica e do devido processo legal; a segunda, é evolutiva, pode ser chamada também de ampliativa ou sistemática, traz interpretação de aplicação do CPC ao processo do trabalho se existir lacuna ontológica e axiológica, visa a resguardar princípios como o da razoável duração do processo, acesso do trabalhador a Justiça e o da efetividade.⁷

Carlos Henrique Bezerra Leite sintetiza muito bem as definições de supletivo e subsidiário:

Convém pontuar que supletivo é o que se adiciona, no sentido de complementariedade, enquanto subsidiário é o que reforça ou apoia algo. O Direito Processual do Trabalho mantém o seu conjunto normativo e ainda conta com eficientes métodos de autointegração.⁸

A aplicação supletiva do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, tem cunho de complementação, não necessita que haja omissão da legislação processual trabalhista, o que para Carlos Henrique Bezerra Leite significa aumentar as possibilidades de aplicação do CPC, visto que este tipo de aplicação ocorre a partir do reconhecimento de lacunas ontológicas e axiológicas. Portanto, sua interpretação de aplicação supletiva é semelhante a interpretação denominada por Mauro Schiavi como evolutiva.⁹

3 INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), no intuito de evitar divergências quanto a aplicação do CPC na esfera do processo trabalhista, editou a Instrução Normativa nº 39/2016 por meio da qual estipulou quais as normas do Código de Processo Civil aplicáveis e não aplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.¹⁰

Ocorre que, o supracitado ato é inconstitucional, visto que o TST editou Instrução Normativa sem que tenha sido provocado, sem a existência de divergência

⁶ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*: aspectos processuais da lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017. p. 44.

⁷ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*: aspectos processuais da lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017. p. 45.

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *CPC: repercussões no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *CPC: repercussões no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 27.

¹⁰ BRASIL. *Instrução normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

interpretativa, o que acarreta em violação dos princípios da independência dos órgãos judiciais e separação dos poderes, da reserva do legal e a competência do juiz natural.

Ante as violações mencionadas a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5516 (ADI 5516).

A ADI em questão tinha a princípio como relatora a ministra Carmem Lúcia, atualmente tem como relator o ministro Ricardo Lewandowski e visa a impugnação da IN nº 39/2016 – TST, sob a alegação de vício formal e material de inconstitucionalidade da norma por violação aos arts. 5º, incisos XXXVII e LIII¹¹, 22, I¹², 95, I, II e III¹³, e 96, I, a¹⁴, da Constituição Federal de 1988^{15, 16}.

A Procuradoria-Geral da República manifestou entendimento pela parcial procedência da ADI 5516, ao entender que à IN nº 39/2016 – TST seria concedido caráter interpretativo consoante a Constituição Federal de 1988:

Desse modo, importa conferir à IN 39/2016 interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, com efeito ex nunc, para reconhecer-lhe função exclusivamente orientadora, afastando-lhe função normativa e suprimindo, por conseguinte, efeito vinculante sobre a atividade jurisdicional. Essa solução acarreta impossibilidade de invocação pura e simples de dispositivos da instrução normativa como razão de decidir, mas possibilitando adoção de suas soluções

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

¹² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

¹³ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁴ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁶ BRASIL. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República extraído da página do Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 5516*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310299104&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

normativas, de forma fundamentada, conforme o convencimento racional do magistrado.¹⁷

Os autos da ADI se encontram conclusos ao relator desde 14/09/2016.

4 A APLICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE DA SENTENÇA DO PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 prevê em seu artigo 93, inciso IX a necessidade de fundamentação das decisões judiciais:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (grifo meu)

Portanto, a obrigatoriedade de fundamentação da sentença é uma determinação constitucional, o que se não for feito acarreta em violação a preceito da Constituição.

A Consolidação das Leis do Trabalho determina em seu artigo 832 que da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.¹⁸

O Código de Processo Civil também estipula a obrigatoriedade de fundamentação, contudo, não se limita a isso, enumera requisitos os quais conferem a sentença ausência de fundamentação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

¹⁷ BRASIL. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República extraído da página do Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 5516*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310299104&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹⁸ BRASIL. *Decreto-lei n. 5452/43 alterada pela lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.¹⁹

Conforme já mencionado, o CPC possui dispositivo legal que determina sua aplicação de forma subsidiária e supletiva ao Processo do Trabalho. No que diz respeito a fundamentação da sentença há divergências de entendimento quanto a essa aplicação ao processo trabalhista visto que a CLT determina que a sentença deve ser fundamentada, mas não delimita a forma de fundamentação, diferentemente do CPC.

O Tribunal Superior do Trabalho, consoante exposto no tópico anterior, editou a Instrução Normativa nº 39/2016, que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal, delimitando em seu artigo 15 a forma de aplicação do artigo 489, §1º do CPC ao Processo do Trabalho:

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, §6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho. II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

III - não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI - é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.²⁰

Então, resta dúvida se deve ser aplicado de forma subsidiária e supletiva o artigo 15 do CPC ao Processo do Trabalho no que se refere ao artigo 489 do CPC, especialmente, quanto ao seu §1º.

²⁰ BRASIL. *Instrução normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

A dúvida é suscitada, pois há doutrinadores como o Cláudio Brandão que entendem ser plenamente possível a aplicação do artigo 489 e parágrafos e incisos ao processo trabalhista, inclusive ressalta a importância dos requisitos elencados no §1º do artigo 489 para não gerar nulidade da sentença, ressaltando que a ausência de fundamentação gera violação a direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988:

Haveria vícios incontornáveis nesse dispositivo, a ponto de não poder ser aplicado ao processo do trabalho?

Segue-se a análise.

Primeiro, não identifico inconstitucionalidade. Isso porque não indica ao magistrado como fundamentar a sua decisão, nem tolhe ou cerceia o exercício da função jurisdicional, especificamente quanto ao ato de julgar. Apenas “corporificou, de forma minudente e escrupulosa, os principais aspectos do conceito de ‘decisão fundamentada’”. Indica o que não constitui fundamento de decisão judicial ou, em outras palavras, relaciona defeitos de natureza grave nela contidos, capazes de levar à sua nulidade, e não há regra semelhante na CLT; portanto, possível se mostra a sua aplicação. A ausência de fundamentação, muito mais do que simples nulidade, constitui violação de direito fundamental contido no artigo 93, IX, da Constituição, pois todo cidadão tem o direito inalienável de saber qual foi a motivação adotada pelo julgador para condená-lo, para lhe impor o cumprimento de determinada prestação contida na decisão.²¹

Contudo, o processo do trabalho é instrumento do direito do trabalho que, por sua vez, tem como maior parte das lides direito material de natureza alimentar, ou seja, na maioria das vezes, o trabalhador, parte hipossuficiente, está buscando por meio da justiça trabalhista o pagamento de verbas essenciais ao seu sustento e de sua família, o que necessita ser tratado com celeridade.

Portanto, a aplicação do exaurimento da sentença previsto no §1º e incisos do artigo 489 do CPC ao Processo do Trabalho, vai de encontro a princípios norteadores do processo do trabalho, como por exemplo, o da celeridade, que trata da razoável duração do processo, ou, ainda, o princípio da simplicidade que versa sobre o acesso fácil do trabalhador (parte hipossuficiente) a Justiça do Trabalho de forma a ter um processo menos burocrático.

5 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil é aplicado ao processo do trabalho de maneira subsidiária e supletiva, conforme previsões dos artigos 15 e 1.046, §2º do CPC, bem como artigos 8º, §1º, 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho trata da possibilidade de aplicação do CPC as suas normas apenas de forma subsidiária, que seria nos casos de omissão da

²¹ BRANDÃO, Cláudio. Fundamentação exauriente ou analítica: aplicação ao processo do trabalho. *Revista do 9º Tribunal Regional do Trabalho*, Curitiba, v. 6, n. 55, p. 83, out./nov. 2016.

élide trabalhista, desde que haja compatibilidade com os princípios do direito do trabalho.

O CPC amplia sua possibilidade de adentrar nos temas trabalhistas ao prever a sua aplicação de forma supletiva, ou seja, não necessitando de omissão, podendo simplesmente integrar decisões trabalhistas, complementar os temas, mesmo que tenham sido abordados na legislação trabalhista.

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39/2016 no intuito de restringir a aplicação do CPC no âmbito do Direito Processual do Trabalho, gerando incômodo nos magistrados que ajuizaram por meio da ANAMATRA a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5516 perante o Supremo Tribunal Federal, alegando violação constitucional.

Portanto é perceptível a divergência entres os próprios códigos, de um lado se tem um Código (CPC) elaborado de forma que se dá o direito de aplicação mais extensiva a outra legislação, legislação essa que foi alterada recentemente pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017, e manteve apenas a possibilidade de aplicação do CPC de forma subsidiária, nos casos em que for omissa.

Por outro lado, se tem um Tribunal (Tribunal Superior do Trabalho) invadindo competência que não é sua e legislando para tentar restringir a forma de aplicação do CPC ao Processo do Trabalho, limitando a atuação dos juízes.

Diante dessas divergências é suscitada a dúvida quanto a aplicação do artigo 489 do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho já que há doutrinadores que entendem que o rol do §1º do artigo 489 (o qual pontua situações em que restou ausente a fundamentação da sentença) complementa o artigo 93, IX da Constituição Federal que determina que todas as decisões fundamentadas. Enquanto outros doutrinadores, entendem que o rol mencionado delimita a atuação do juiz.

Conclui-se que é de suma importância a fundamentação da sentença, mas, o Direito Processual do Trabalho e o Direito do Trabalho devem ser céleres e as exigências do artigo 489 do Código de Processo Civil violam o princípio da celeridade, de forma a prejudicar o desenvolvimento rápido do processo e a parte hipossuficiente que é o trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. Fundamentação exauriente ou analítica: aplicação ao processo do trabalho. *Revista do 9º Tribunal Regional do Trabalho*, Curitiba, v. 6, n. 55, p. 83, out./nov. 2016.

BRASIL. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5516*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977107>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5452/43 alterada pela lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. *Instrução normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República extraído da página do Supremo Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 5516*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310299104&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *CPC: repercussões no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLITICAS PÚBLICAS: A TUTELA MATERIAL E PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: THE MATERIAL AND PROCEDURAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Winston Luiz Prado de Sousa¹

RESUMO

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma atuação positiva do por parte dos Poderes para a concretização dos direitos fundamentais, não ao acaso a Carta Política prevê a aplicabilidade imediata de tais direitos - em seu art. 5, §1º - que podem ser implementados na sociedade através de política pública. Caso um dos Poderes não faça seu dever constitucional, sendo omissos ou violando a legalidade, cabe ao Judiciário, dentro de seus limites, intervir na situação para a satisfação da prestação jurisdicional de um direito fundamental ao indivíduo ou à coletividade. Assim, o magistrado tem legitimidade no controle das políticas públicas para atingir os objetivos fundamentais do Estado, contudo, deve se pautar na razoabilidade da pretensão judicializada, na irrazoabilidade do agente público e na reserva do possível. Nesse contexto, o processo judicial que envolve a política pública não pode ser descolado da realidade social do local, a ação por mais que seja individual deve ter como foco a cooperação de instituições, tanto do Estado quanto do particular, para que seja um processo democrático, com decisão que abrange o todo social, nessa esfera de cooperação é que surge o Projeto de Lei nº 8.058/2014, assim é feita análise das inovações pretendidas pelo Código de Processo Coletivo para melhor diálogo entre os Poderes e a sociedade civil. Portanto, é realizada análise doutrinária, de artigos, projeto de lei e da jurisprudência no que tange aos direitos fundamentais, políticas públicas e controle pelo judiciário, com o fim de demonstrar as situações que abarcam a problemática de decisões judiciais em políticas públicas.

Palavras-chave: Política pública. Direito fundamental. Controle jurisdicional. Processo coletivo.

ABSTRACT

The Democratic State of Law presupposes a positive performance by the Powers for the realization of fundamental rights, not by chance the Political Charter provides for the immediate applicability of such rights - in its art. 5, §1º -

¹ Pós-graduando lato sensu em Direito Penal e Controle Social, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD

that can be implemented in society through public policy. If one of the Powers does not do its constitutional duty, being a mission or violating the legality, it is within the limits of the Judiciary to intervene in the situation to satisfy the jurisdictional provision of a fundamental right to the individual or to the community. Thus, the magistrate has legitimacy in the control of public policies to achieve the fundamental objectives of the state, however, must be based on the reasonableness of the judicialized claim, the unreasonableness of the public agent and the reserve of the possible. In addition, the process involving public policy cannot be detached from the social reality of the place, even though individual actions should focus on the cooperation of institutions, both of the State and private, to be a democratic process with a decision that covers The whole of this cooperation sphere is that Bill 8.058 / 2014 appears, thus analyzing the innovations sought by the Code of Collective Process for a better dialogue between the Powers and civil society. Thus, a doctrinal analysis of articles, a law project of jurisprudence with respect to fundamental rights, public policies and control by the judiciary is done, in order to demonstrate the situations that encompass the problem of judicial decisions in public policies.

Keywords: Public policies. fundamental rights. Jurisdictional control. collective process.

1 INTRODUÇÃO

O Processo de decisão política tomado pelo administrador público vem se tornando um processo complexo, cuja matéria vem experimentando interferências de outros poderes - judiciário e legislativo, que, inclusive, pode ser concebida como uma ordem de judicialização da política - muito em razão da vasta gama de direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, dentre essas intervenções temos o controle jurisdicional acerca de políticas públicas. Esse controle viabiliza, embora existam posicionamentos diversos, o Estado Democrático Social de Direito pretendido pela essência constitucional adotada pela comunidade, com a consequente valoração de um Estado de Direito limitado pelos direitos fundamentais. Portanto, o controle jurisdicional não é mero substitutivo de ato de vontade do Administrador Público, mas sim fortalecimento da democracia pela ordem constitucional.

Fortalecimento esse que tem como núcleo o alcance da Constituição, de acordo com o que nela contém. Verdade dita é que a Constituição Federal de 1988, assim como os tratados em que o país figura como signatário, além dos direitos fundamentais não positivados, de cunho programático e dirigente, estabeleceu parâmetros e programas a serem seguidos e efetivados, conforme leciona Ingo

Wongfang Sarlet². Essa busca por um estado de equilíbrio material tem significado, inclusive, expressamente no artigo 5º, § 1º, da Carta Política³, no qual reza que as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Dessa forma, ganha destaque em nossa Constituição o status jurídico das normas de direito fundamental.

Em decorrência da previsão de aplicabilidade imediata há que se observar a eficácia dos direitos fundamentais, daí, então, a importância de se distinguir e salientar qual o sentido dessa previsão de eficácia. Essa pode ser dividida em eficácia social e eficácia jurídica, a primeira, conforme José Afonso da Silva⁴, bem como Luís Roberto Barroso⁵, diz respeito à sua obediência e aplicação no plano dos fatos, ou seja, nada mais é que a própria materialização de determinado direito no mundo dos fatos, o desempenho de sua função social.

A eficácia jurídica se traduz na qualidade na norma jurídica produzir seus efeitos, sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. Assim, pode ser resumida na possibilidade de se aplicar a norma fundamental em um caso concreto, para que essa possa gerar efeitos em posições jurídicas coletivas, e até mesmo em posições subjetivas individuais, conforme o direito prestacional, com isso, essa é a noção de eficácia que se pretende utilizar no estudo, para daí partir para a eficácia, executoriedade pela Administração e controle pelo órgão jurisdicional, com a consequente análise do PL. nº 8.058/2014.

Em que pese parcela da doutrina⁶ entender que nem toda norma constitucional tenha eficácia, há entendimento consolidado pelos Tribunais de que toda norma constitucional tem eficácia/aplicabilidade, a inobservância desse preceito torna a Constituição inócua, reduzida a mero fragmento de papel, o que não se coaduna com a realidade. Assim, cabe a breve explanação para ciência da possibilidade ou não de se controlar a intervenção do Estado, que visa concretizar

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1998. p. 68.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

⁶ José Horácio Meirelles Teixeira, a doutrina norte-americana, Ruy Barbosa e outros autores.

direitos fundamentais, pelo judiciário, quando não observado o preceito constitucional em sua formalidade e materialização.

Para tanto, outra distinção se faz necessária na seara dos direitos fundamentais para melhor delimitação, os direitos fundamentais de defesa e os prestacionais, os primeiros⁷, conforme Ingo Wolfgang⁸, ligados aos direitos de liberdade, igualdade, garantias e direitos sociais de liberdade política e social, no qual pouco se questiona sua eficácia e aplicabilidade, inclusive em casos individuais. Os direitos prestacionais⁹ podem ser identificados como aqueles de proteção em sentido amplo e estrito, como os sociais de natureza prestacionais, desse modo, exigem comportamento ativo do Estado por meio de prestações materiais, realizado pela justa intervenção do Estado que se faz mediante política pública, entre outras.

Desse modo, para que possa haver possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas é necessário que se observe qual o direito fundamental posto em questão no limite de sua natureza, conforme a sua característica normativa e estrutural, ou seja, a natureza da coisa prestacional. A norma é passível de controle jurisdicional desde que observados alguns pressupostos no caso concreto, entre eles, como bem coloca Celso Bastos, "quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei"¹⁰, ou quando a norma fundamental não tiver elementos que possam lhe dar aplicabilidade, com a consequente geração e efeitos, assim, respaldando a efetiva proteção por intermédio de órgão jurisdicional pela necessidade de se atender os reclames sociais, o que inclusive se caracteriza como um poder-dever.

⁷ Consagrados no momento histórico do liberalismo, período da primeira geração dos direitos fundamentais, das liberdades negativas que opunham ao Estado uma abstenção.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1998.

⁹ Aqueles ligados à transição de um Estado liberal para um Estado social, o que altera a concepção das finalidades do Estado que deve se abster em relação aos direitos de primeira geração e ter uma postura proativa em relação aos direitos de segunda geração, que conforme Ada Pellegrini Grinover, fez surgir um dever de *dare, facere, praestare*.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

Convém destacar, portanto, que a eficácia das normas de direitos fundamentais¹¹ e seu caráter vinculante transformam tais direitos de prerrogativas dos constituídos, aplicáveis pelos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, conforme entende Oswaldo Canela Júnior:

Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis¹². Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõem-se ao Estado promover as ações necessárias para implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária¹³.

Todos os poderes, segundo Ingo Wolfgang, investidos na "atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos"¹⁴, respeitados os limites da separação dos poderes e observadas as responsabilidades do Estado no que concerne à garantia de efetivação dos direitos fundamentais, em principal atenção aqui, ao dever conferido ao Poder Executivo, com todas suas peculiaridades financeiras e discricionárias, de garantir os direitos constitucionalmente instituídos por meio de intervenção estatal caracterizada como política pública e a efetivação promovida pelo Poder Judiciário por meio judicialização dos preceitos fundamentais.

¹¹ Hoje o nosso problema em relação aos direitos fundamentais é transpor o que está no texto da lei para a prática, justamente pela abundância desses direitos em nossa Carta Política. Nesse caso, ficamos na dependência do intérprete que, em último caso, é o Poder Judiciário. Se o Poder Judiciário, ao fazer valer esses direitos, muitas vezes ele entra em searas que talvez não devesse, dando ensejo ao problema do ativismo judicial. No afã de proteger direitos fundamentais, o Poder Judiciário legisla ou faz políticas públicas ultrapassando seus limites, o que pode gerar impactos sociais negativos. Portanto, a atuação do judiciário pode revelar outros problemas.

¹² Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

¹³ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: um novo modelo de jurisdição. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, USP, São Paulo, 2009. p. 17-19.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1998. p. 243.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A referência constitucional adotada pelo país entrelaça posições de abstenção do Estado e ao mesmo tempo uma posição de intervenção, que busca a diminuição das desigualdades sociais, uma distribuição de riquezas para realização de igualdade formal e material. Tendo em vista tais propósitos, a Administração Públicas, e também os demais poderes, devem promover condições de efetivação dos preceitos através de programas de ação do Estado¹⁵.

Depreende-se disso, portanto, que a realização de políticas públicas está alicerçada no Estado Democrático de Direito que condiciona a atuação estatal¹⁶. Assim, a natureza das políticas públicas deve ser analisada previamente ao controle jurisdicional, pois elas possuem regime jurídico diverso dos atos que as implementam, bem como às diretrizes que as quais se pautam¹⁷.

Segundo Fábio Konder Comparato, política pública pode ser conceituada "como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado"¹⁸. Noutro giro, As políticas públicas, como bem coloca Dias, são programas de intervenção do Estado através de ações "voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado"¹⁹, dessa forma, a característica principal é a utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade.

Na linha de pensamento de Appio²⁰ e Dworkin²¹, política pública é um instrumento de execução de programas políticos realizados por meio de intervenção

¹⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁷ PIZZOLATTI, Rômulo. *O controle judicial do mérito da atividade administrativa*. Tese (Doutorado) - Doutorado em direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 172.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2. p. 352-353.

¹⁹ DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano. 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003. p. 121.

²⁰ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

estatal, que tem com fim a concretização de igualdade e oportunidade, assim como as condições materiais de coexistência digna aos cidadãos como um todo. Por consequência, o planejamento social, que tem como pressupostos os projetos governamentais, possui duas naturezas, a social e a econômica, de mesma finalidade, qual seja de melhoria de desenvolvimento e melhoria de condições do público alvo.

Outra conceituação que envolve os atos praticados pela Administração Pública é de Maria Paula Dallari Bucci. Segundo a autora, os pilares das políticas públicas podem estar esculpidos em texto constitucional, infraconstitucional, além de outros instrumentos jurídicos, como portarias e decretos, inclusive, “instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo”²². Entretanto, é equivocada a posição, que de início se faz, de determinadas normas jurídicas que são colocadas como plano de política nacional como sinônimo de política pública, em verdade a essa é constituída por “meios de realização dos objetivos fixados” se caracterizando como uma ação governamental²³, um programa governamental.

Nesse contexto político, conforme o pensamento da autora, consiste em intervenção do governo, por meio medidas coordenadas com a finalidade de impulsionar a máquina estatal para a realização de objetivo de ordem pública que concretize um direito²⁴. Portanto, para autora política pública é:

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²⁵

Depreende-se do conceito que é um instrumento voltado para atingir uma finalidade específica com métodos estabelecidos para cumprimento em um

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 11.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 11.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 14.

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 39.

determinado espaço de tempo. Dessa colocação conceitual, pode se destacar quatro pontos, o primeiro seria o caráter institucional que as políticas públicas possuem, ou seja, a autoridade competente para tal mister, trata-se de legitimidade; o segundo ponto está na peculiaridade de sucessão de decisões que contornam um método para obtenção de um resultado; o terceiro a composição de atos múltiplos e não de ação singular; por fim, o caráter usual resultante do sistema político-social²⁶.

Quanto ao modelo de política pública, o sujeito competente deve observar qual tipo de política pública será aplicada, podendo optar pela distributiva, regulatória, redistributiva e constitutiva²⁷, cada qual com sua particularidade de aplicação. Em relação às fases Enrique Saraiva propõe três, que podem ser realizadas tanto por agente públicos, como por particulares que exercem influência durante a operacionalização de uma política pública.

Segundo Enrique Saraiva²⁸, a fase de formulação é a transformação de uma decisão tomada em Casa parlamentar em uma norma jurídica, enquanto a implementação é o preparativo para a execução do objeto, ocasião em que se realiza planejamento de projetos e programas, enquanto a execução é a aplicação do plano elaborado na fase de implementação.

O agente concretizador de política pública ainda deve se atentar às etapas de construção da política a ser adotada. Para Saraiva²⁹ a agenda é a primeira etapa, é a inclusão de um assunto na pauta conforme o estudo de cenário social com a identificação de um problema e posterior debate que justifica a ação tomada pelo ente político. Na elaboração são delineadas as possíveis soluções para o problema identificado pelo estudo do cenário social, levando em consideração as despesas compreendidas e as consequências da adoção da solução.

²⁶ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/586010/601525/160425_coletanea_pp_v1.pdf/ee7a8ffe-d904-441f-a897-c4a2252a2f23> Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁷ SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2017.

²⁸ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/586010/601525/160425_coletanea_pp_v1.pdf/ee7a8ffe-d904-441f-a897-c4a2252a2f23> Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁹ SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/586010/601525/160425_coletanea_pp_v1.pdf/ee7a8ffe-d904-441f-a897-c4a2252a2f23> Acesso em: 17 jun. 2017.

A terceira etapa consiste na fixação de metas e delimitação judicial, financeira e administrativa, em outras palavras é o procedimento que virá a ser adotado. Em seguida tem-se a implementação, que se resume na observação de como seriam os efeitos da adoção da política pública na prática. Procedendo a esta fase a execução visa a obtenção das metas traçadas, sendo que após a execução deve vir a fase de acompanhamento da política pública, ocasião em que se possibilita a identificação de problemas para que possam ser regularizados.

Por fim, segue a avaliação da política pública, avaliando todo cenário político e social decorrente da política, os objetivos, resultado e mudança social. Portanto, aquele incumbido no ônus de aplicar ou participar do processo político de construção, efetivação e avaliação da política pública deve se atentar a todos os pressupostos particulares, inclusive o judiciário quando coautor das políticas públicas nos casos em que o Legislativo e Executivo comprometam os fins estabelecidos pela Constituição e leis infraconstitucionais, dando ao judiciário o dever de efetivá-las.

3 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A problemática central de controle de políticas públicas deriva com mais intensidade em locais de instabilidade de fluxo de capital e investimentos, ou seja, Estados onde a saúde econômica e a gerência fiscal apresentam problemas. Essas características, além da má gestão pública, fazem com que o administrador público passe a ter que realizar determinadas opções entre a eficácia administrativa e a justiça social, quando o faz. O controle realizado pelo Poder Judiciário surge em razão dessa fragilidade da sociedade marcada pela desigualdade, limitação do Estado em poder concretizar as diretrizes constitucionais e ineficácia da máquina administrativa, característica presente em nosso cenário político-administrativo atual.

Entretanto, em que pese a atuação do judiciário, o papel de construção de uma política pública parte da formulação pelo Poder Legislativo e implementação pelo Poder Executivo, portanto, de início, a atuação do judiciário não é visível. Embora, caiba a ele o controle das políticas, eis que são ligadas à fenômenos

jurídicos, daí a possibilidade de atuação do Judiciário quando os órgãos competentes não observarem os encargos políticos, questão que inclusive foi claramente apresentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45-9, em decisão do Ministro Celso de Mello.

Ao decidir monocraticamente o Ministro foi na esteira do que já foi mencionado, cabe ao Poder Judiciário intervir quando os outros poderes e/ou seus encargos prejudicarem a "eficácia e integralidade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático"³⁰, pois mesmo elas têm executividade, justamente para evitar que as expectativas sejam frustradas pela infidelidade governamental.

Tendo em vista a possibilidade de intervenção do judiciário controle judicial de políticas públicas, Segundo Appio³¹, pode ocorrer em três momentos distintos na implementação de programas sociais, econômicos e sociais, o primeiro momento é o de caráter preventivo - na fase de formulação, o segundo se dá concomitante - durante a execução, o terceiro é o sucessivo - a avaliação - que nada mais é que o controle de legalidade e legitimidade de atos administrativos.

Ainda na ADPF nº 45-9, foram destacados pressupostos a serem observados no controle de implementação dos direitos de segunda geração, aqueles cuja efetivação depende de uma prestação positiva do Estado, o que se apresenta sempre de forma onerosa aos cofres estatais. O atendimento dessa política pública deve visar condições materiais mínimas de existência sendo compatível com a reserva do possível, levando-se em consideração a razoabilidade da pretensão individual ou coletiva judicializada e a existência de recursos financeiros para tal prestação.

É sabido que a intervenção judicial nesta seara não implica violação à separação dos poderes, pois o Judiciário tem legitimidade para tal dentro dos limites traçados para sua atuação, tendo em vista que

o papel do judiciário, ao controlar a discricionariedade, não será, jamais, o de anular o papel da Administração - vez que

³⁰ ADPF 45-9. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=adpf+45-9&aq=chrome..69i57.4087j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>.

³¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 135.

aniquilaria a própria "Separação dos Poderes" essencial para a efetivação da democracia: ele complementa a atividade do Poder Executivo, indicando o que está correto á luz dos princípios da Administração e dos princípios constitucionais, invalidando aquilo que confronte a ordem constitucional almejada³².

Portanto, restam três requisitos, conforme leciona Ada Pellegrini Grinover,

o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido pelo cidadão; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas³³.

A garantia do mínimo existencial é um direito à condição mínima de existência, relaciona-se com as necessidades sem as quais não se consegue viver e se desenvolver - é o núcleo essencial da norma. Para Ana Paula Barcellos³⁴, se caracteriza pelas condições básicas para a existência de dignidade da pessoa humana que exige prestação do Estado e que pode ser exigido judicialmente.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, são exemplos do que constitui o mínimo existencial a educação fundamental, saúde básica, tutela do meio ambiente, assistência social, saneamento básico e acesso ao judiciário. Esses podem ser judicializados desde sua própria implementação até a correção de sua aplicação, com isso, a atuação independe de existência de lei que completa o programa e, também, da atuação do administrador público.

Quanto à aplicação do mínimo existencial deve haver um juízo de razoabilidade, segundo o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade³⁵ se coaduna com o "equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados"³⁶, abarcando três subprincípios, o da conformidade ou adequação dos

³² MEDAUAR, Ricardo Emílio Ommati. *Controle da discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004. p. 68.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 132.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248 e 252-253.

³⁵ O princípio da proporcionalidade não está expresso, mas implícito no texto constitucional, pois é extraído através de uma hermenêutica da Constituição.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 133.

meios³⁷; exigibilidade ou da necessidade³⁸; e da proporcionalidade em sentido restrito³⁹.

Assim, segundo João Batista Lopes⁴⁰, ao se deparar com o controle de política pública o magistrado deve avaliar os interesses em questão à luz dos valores presentes no ordenamento jurídico, dando aplicabilidade maior a aquele que tenha mais relevo e expressão na situação concreta, conforme a proporcionalidade, verificando se de um lado o autor da demanda tem razoabilidade em sua pretensão e se do outro lado o agente público legitimado pautou sua atuação de forma desarrazoada.

O último ponto de destaque aos requisitos para intervenção do Judiciário na ADPF é a reserva do possível. Como se viu, os direitos fundamentais prestacionais exigem atuação dos Poderes, para tanto se faz política pública com o intuito de alcançar os fins constitucionais, mas para que seja possível toda essa movimentação estatal é necessária que se tenha recursos para trabalhar. Desse modo, a disponibilidade financeira (existência finita de recursos - teoria do cobertor curto) se equipara à reserva do possível.

Ocorre que a simples alegação por parte da Administração Pública de falta de recursos para a concretização de uma política pública não é motivo suficiente para a sua inexigibilidade. Para que se alegue a reserva do possível é necessária a devida comprovação de impossibilidade orçamentária pela Administração pública, visto a maior possibilidade de carga probatória do Estado pela sua responsabilidade em fazer política pública.

Ao se deparar com a limitação orçamentária comprovada nos autos o magistrado, para garantir a aplicação do diploma constitucional, determina que o administrador público indique na lei orçamentária posterior a previsão da verba para

³⁷ Na doutrina alemã *Gereignetheit* se traduz no controle da relação de adequação entre a medida e o fim, a medida adotada no interesse público deve ser apropriada ao fim, resguardando assim relação entre ambas.

³⁸ *Eforderlichkeit* se consubstancia no direito do cidadão em ter a menor desvantagem possível, o que faz com que se ponha a em questão a plausibilidade de outros meios que não sejam onerosos ao particular.

³⁹ *Verhältnismäßigkeit* ou princípio da proporcionalidade restrita é a valoração entre o resultado obtido pela ação estatal e a carga coativa da mesma ação, é a ponderação entre a (des) proporção entre o meio adotado e o fim concebido.

⁴⁰ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72-73.

a concretização da política pública judicializada, acrescenta, ainda, que em caso de descumprimento a ordem judicial de execução de política pública dá-se a obrigação de fazer, tanto a de inclusão da verba no orçamento, quanto de aplicação da verba para adimplemento da obrigação⁴¹.

Além disso, o judiciário deve observar todos os outros requisitos no momento da elaboração da política pública, inclusive o acompanhamento da exequibilidade de suas decisões. Para tanto o juiz deve adotar um processo de cognição ampliada, com maior diálogo entre os litigantes, sob pena de se equivocar ao decidir sobre a implementação, aqui inclusas as audiências públicas, *amicus curae*, e demais sujeitos da sociedade que irão ser englobados pela política pública.

4 TUTELA DE DIREITO COLETIVO NO DIREITO COMPARADO E O PROJETO DE LEI Nº 8.058/2014 - CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

Diante da quantidade de direitos fundamentais postos na Constituição Federal e a crescente demanda pela efetivação dos mesmos através do Poder Judiciário, que se apresenta como efeito da judicialização, deve-se atentar aos procedimentos que possam ser adotados para a concretização dos direitos, os meios que o cidadão possui para provocar, na tutela individual ou coletiva, o judiciário para o alcance dos fins sociais, pois conforme a própria Constituição a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴², dando, assim, ensejo ao princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual.

Entretanto, embora tenha a Constituição um caráter social forte, com programas prestacionais coletivos, os procedimentos existentes no âmbito cível têm caráter individualista, diferente da Carta Política, o Código de Processo Civil traz procedimentos relativos à relação patrimonial particular, mas peca em relação à tutela de interesse coletivo, sendo aplicado conjuntamente com o microsistema processual coletivo, como ação civil pública, ação de improbidade administrativa,

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

mando de segurança e Código de Defesa do consumidor, fazendo a ligação entre esse microsistema a Constituição federal, além de comunicar de forma subsidiária, supletiva e direta naquilo que o microsistema é incompleto.

Entretanto, lidar com a judicialização de direitos fundamentais proclama uma atuação, mesmo em tutela individual, que considere os efeitos da decisão como um todo, a simples concessão de um direito em ação individual que retira do orçamento determinada verba sempre ter efeito amplo na sociedade, ou seja, a demanda individual tem efeitos coletivos, quando não tutelam os interesses dos demais, influem nesses direitos de modo a lhes retirar efetividade.

No direito comparado o Poder Judiciário ao se deparar com questões que versem sobre direitos fundamentais, políticas públicas, orçamento, omissão dos poderes e outros, pode se comportar de diversas maneiras, tanto pendendo para um ativismo judicial, quanto na busca por uma solução democrática. Na Colômbia foi construída pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana o Estado de Coisa Inconstitucional, em 1997, primeiramente na Sentencia de Unificación n. 559, devido à omissão estrutural do Estado em aplicar os direitos fundamentais, a lide abarcava direitos previdenciários de professores municipais que estavam sendo negados pelas autoridades locais de forma sistêmica, o que acarretava "uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos"⁴³.

Diante da inconstitucionalidade foi determinado que os municípios efetuassem a correção apontada em tempo razoável, além de enviar a sentença ao Ministro da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, aos Governadores e Assembleias, Diretor do Departamento Nacional de Planejamento e, por fim aos Conselhos Municipais, para que esses tomassem as providencias práticas e orçamentárias de modo a sanar a inconstitucionalidade. Ademais, também foi determinada a realização de concurso público, tendo em vista que o administrador público não realizava o certame, a construção de políticas públicas para proteção dos

⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

defensores de direitos humanos no país e que o Estado retirasse o atraso no pagamento de verbas de previdência.

Outros casos também foram considerados em Estado de Coisa Inconstitucional, na Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998 - que versava sobre o sistema carcerário do país, ocasião que exigiu o cumprimento de políticas públicas para minimizar a situação de violação à direitos em penitenciárias. O último caso analisado por esse prisma se deu na Sentencia T – 025, de 2004, cujo assunto era o deslocamento interno - migração, de pessoas em razão da violência e ameaça à vida, liberdade e segurança. Na situação a Corte Colombiana "acusou a precária capacidade institucional dos outros poderes para o desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias"⁴⁴.

Da análise da aplicação do instituto percebe-se que há um papel preponderante do judiciário sob os demais poderes, pois no ato de decidir e em sua execução acaba por influir em funções típicas do Legislativo e do Executivo, o que seria ilegítimo e se caracterizaria ativismo judicial. Por outro lado, a aplicação do Estado de Coisa Inconstitucional supera o campo de bloqueio político-institucional e faz com que haja debate democrático entre os poderes e a sociedade.

Outro meio de lidar com as questões de judicialização de políticas públicas para implementação de direitos fundamentais foi adotado pela África do Sul, com a construção jurisprudencial do Compromisso Significativo, da Corte Constitucional Sul Africana. O Compromisso foi aplicado em três casos⁴⁵, sendo Olivia Road o mais relevante, nele se debatia a desocupação forçada pelo Estado de 400 pessoas de um prédio em Johannesburgo pelas condições de segurança e saúde. A Corte, perante a situação, adotou o posicionamento de diálogo, determinou que o governo local, bem como os cidadãos do prédio se comprometessem a solucionar os problemas que motivaram a desocupação e o resultado de todo o acordo deveria ser remetido à Corte para posterior análise. Segundo David Pardo:

⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁴⁵ *Grootboom, Olivia Road e Joe Slovo*.

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação democrática⁴⁶.

Portanto, o Compromisso Significativo parte não de uma atuação principal do Poder Judiciário, mas sim de diálogo entre as partes para a melhor solução possível, pois o papel de decisão continua com a sociedade e seus representantes.

No Brasil, a intervenção em políticas públicas pode ser feita tanto em tutela de interesse individual, quanto em interesse coletivo, muito embora nossa lei processual seja de caráter individualista. Entre os meios de tutela temos Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa - instrumentos processuais aptos à tutela coletiva, mas que trazem apenas um sujeito principal no processo, o judiciário, carente de um debate coordenado entre as partes.

Em decorrência da problemática processual, das múltiplas ações que uma política pública exige para ser implementada e da necessidade de ter um procedimento democrático que não se descole da realidade foi criado o Projeto de Lei nº 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, ainda na fase de comissões, aguardando parecer do relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). O Projeto tem o objetivo de regular a intervenção judicial nas políticas públicas, pois de acordo com Grinover, Watanabe e Lucon:

há muito o Poder Judiciário brasileiro deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída, resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial, para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988⁴⁷.

⁴⁶ PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015. Apud VIEIRA JUNIOR, R. J. *A separação de poderes. Estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal* (Texto para Discussão n. 186.). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANEBE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei 8.058/2014 e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Disponível em:

A justificativa de sua criação é a de fixar parâmetros para a atuação do judiciário, com um processo de cognição e contraditório de forma ampliada, diferente da temática do Código de Processo Civil, assim havendo participação da Administração, população e juiz de forma equilibrada, possibilitando ao juízo o conhecimento das questões envolvidas, atuando de forma mais flexível e democrática ao dar o comando judicial. O projeto é uma síntese do que é realizado em outros países, como Estados Unidos, África do Sul, Índia, Colômbia e Argentina, de maneira considerada bem-sucedida.

Dentre as inovações processuais trazidas pelo Projeto de Lei 8.058/2014 estão os princípios elencados no artigo 2º, que visam a cooperação entre as instituições e a sociedade, de acordo com a proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social e outros. Além disso, prevê o envio de notificação ao Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública para que preste informações pessoalmente ao magistrado no prazo de 60 dias, conforme o art. 6º do Projeto, exceto nos casos tutela antecipada para garantia do mínimo existencial ou bem de vida assegurado na Constituição.

Também há previsão de designação de audiências públicas (art. 10), admitindo-se na fase preliminar do processo a intervenção de *amicus curae* (art. 10, § único). Dessa forma, o juízo pode formar seu convencimento de forma mais ampla, diferente da prática atual, limitada à equipe interna de assessoria do magistrado. Traz métodos de solução de lide não centrada no magistrado, como juízo arbitral e conciliação judicial e extrajudicial (capítulo IV), previsão de cumprimento de obrigações de forma mais flexível (art. 18), nomeação de comissário para a implementação e acompanhamento das medidas para cumprimento da decisão (art. 19).

Possibilidade de alteração da decisão "na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas em sua decisão"⁴⁸ (art. 20), buscando efetividade da tutela jurisdicional que melhor

<<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e1da22b006386ed1b3830f5183dad15d>>.

Acesso em: 25 jun. 2017, p. 1.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANEBE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei 8.058/2014 e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Disponível em:

se agrega ao bem jurídico requerido pela parte e entregue pelo responsável pela política pública.

Outro ponto importante do projeto se encontra a partir do art. 28, que trata do processo em ações individuais quando houver "ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor"⁴⁹, podendo, inclusive a ação individual ser convertida em coletiva. Assim, o Projeto dispõe de instrumentos diferentes para lidar com a decisão complexa acerca de políticas públicas, de acordo com a cooperação entre os sujeitos envolvidos na concessão do direito, evitando até mesmo a motivação mais usada pela Administração Pública para evitar conceder o direito, que no caso refere-se à reserva do possível.

Como todo debate jurídico há argumento contrários à aprovação do Projeto de Lei 8.058/2014, alguns autores como Lenio Luiz Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima entendem que citado é inconstitucional, justificando sua posição alegando que o Poder Judiciário ficaria numa posição de prevalência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, uma espécie de violação à separação, tornando-o um órgão com super poderes, por concentrar a competência dos demais. Bem verdade é que da leitura do Projeto vê se que se busca não a concentração de poder, mas sim distribuição da responsabilidade no ato de decidir.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um extenso rol de direitos fundamentais, sendo conhecida, inclusive, como Constituição cidadã de caráter social, entretanto, o cenário atual político-financeiro do país impede a total consagração material dos direitos previstos, assim há dificuldade do Estado em promover o equilíbrio e a igualdade material, justamente pela sua limitação financeira e má gestão política e administrativa dos representantes. Todo esse

<<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e1da22b006386ed1b3830f5183dad15d>>. Acesso em: 25 jun. 2017. p. 6.

⁴⁹ BRASIL. *Projeto de lei n. 8.058 de 2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em: 26 jun. 2017.

somatório de problemas estruturais resulta na omissão e na ilegalidade de atuação do agente público que promove ou deveria promover a efetivação dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, pois essa é um dos meios de concretização dos direitos fundamentais.

Quando há omissão na implementação de políticas públicas ou incompatibilidade de ações de acordo com os anseios da Constituição é dever do judiciário promover a tutela de núcleo essencial ao indivíduo ou à coletividade. A afirmação inclusive encontra amparo na Constituição, na medida em que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Em razão desse dever do judiciário, dos direitos fundamentais com efetividade jurídica - conforme art. 5, §1^a da CF - e dos problemas político-financeiro do país há uma crescente demanda de ações de cunho prestacional, cujo fenômeno é indicado como judicialização. Essa questão exige do Poder Judiciário uma atuação acerca desses direitos, o que gera conflito de decisões que tem o mesmo objeto, muitas vezes dentro do próprio Tribunal há posicionamentos diversos, em decorrência, em determinados casos, de ausência de referencial normativo para lidar com casos de grande amplitude de efeitos, jurídicos e sociais.

Nesse contexto, que surge a necessidade de se pautar a atuação processual com maior participação do agente público ou político, o indivíduo ou coletivo que pleiteia a prestação por parte do Estado, do magistrado e dos membros da sociedade que são afetados ou tem interesse no objeto e nas consequências do processo. Outros países aplicam instrumentos, conforme seu ordenamento jurídico, para a solução desses casos, como o Estado de Coisa Inconstitucional da Colômbia e o Compromisso Significativo na África do Sul.

Tais países visaram dar maior tutela e efetividade para o que a Constituição prevê em relação aos direitos fundamentais, verdade dita é que existem, tanto pontos positivos, quanto negativos, mas de grande valia a força demonstrada no sentido de evitar o esvaziamento da Constituição. O processo civil brasileiro peca em termos na possibilidade de diálogo quando o objeto da questão são prestações de direitos fundamentais e políticas públicas, não se podendo responsabilizar totalmente o Judiciário por tal fato, eis que esse está limitado ao império da lei, pautando sua

atuação ao se depara com o assunto na razoabilidade da pretensão, na conduta do agente público e na possibilidade de o Estado arcar financeiramente com a obrigação, reserva do possível.

Para solucionar essa lacuna no processo coletivo, ou individual de efeitos coletivos, foi apresentado o Projeto de Lei 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados Federal, se encontrando na fase de análise do projeto pelas comissões da casa. O Projeto visa dar instrumentos ao magistrado para tornar o processo que envolve políticas públicas num processo democrático como deveria ser, para assim se ter uma decisão que considera não somente o caso levado pela parte, mas todo o contorno jurídico, social e possibilidades do Estado em implementar a pretensão sub judice. Da análise dos institutos e diferenciais trazidos pelo Projeto de Código Coletivo percebe-se avanço no que tange ao diálogo no processo e na efetividade da prestação jurisdicional, não dando judiciário competências extras, apenas dirigindo com mais eficácia o ato de decidir e retirando a individualidade processual presente no Código de processo.

REFERÊNCIAS

ADPF 45-9. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=adpf+45-9&oq=adpf+45-9&aqs=chrome..69i57.4087j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. *Projeto de lei n. 8.058 de 2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*.

Disponível em: <<https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de direito, USP, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano. 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 4.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANEBE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Projeto de Lei 8.058/2014 e o controle jurisdicional de políticas públicas*.

Disponível em:

<<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=e1da22b006386ed1b3830f5183dad15d>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Ricardo Emílio Ommati. *Controle da discricionariedade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

PARDO, David. Compromisso significativo. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015. Apud VIEIRA JUNIOR, R. J. *A separação de poderes, Estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal* (Texto para Discussão n. 186.). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24 jun. 2017.

PARDO, David. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 72, out./dez. 2013.

PIZZOLATTI, Rômulo. *O controle judicial do mérito da atividade administrativa*. Tese (Doutorado) - Doutorado em direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SARAIVA, Enrique. *Introdução à teoria da política pública*. Disponível em: <http://www.enap.gov.br/documents/586010/601525/160425_coletanea_pp_v1.pdf/ee7a8ffe-d904-441f-a897-c4a2252a2f23> Acesso em: 17 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wonfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1998.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2017.

INTANGIBILIDADE DOS TRIBUNAIS DE SUPERPOSIÇÃO NOS CASOS DE AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE INADMITTE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS

INTANGIBILITY OF COURTS OF SUPERPOSITION IN THE CASES OF APPEAL AGAINST DECISION THAT DENY EXCEPTIONAL DEMANDS

Rodolfo Moreira Alencastro Veiga¹

RESUMO

O presente trabalho tem como tema os meios de impugnação à decisão que inadmite os recursos especial e extraordinário. O estudo é desenvolvido ante a análise da alteração legislativa trazida por meio da Lei Federal 13.256/2016 ao Código de Processo Civil. A partir da pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre o agravo, examina-se, sob o enfoque crítico, a dificuldade de levar ao conhecimento dos tribunais de superposição os recursos desafiados por meio de agravo interno contra decisão de tribunal local que nega seguimento aos recursos excepcionais.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Agravo interno. Inadmissão dos recursos especial e extraordinário.

ABSTRACT

The following article aims the study of the means of challenging the decision that disallows the special and extraordinary appeals. The present study is developed under the analysis of the legislative amendment brought by Federal Law 13,256/2016 to the Civil Procedure Code. In legislative, doctrinal and jurisprudential research on the subject, analyzed under the critical focus, the difficulty of the extraordinary courts to analyze the internal expedient against a local court decision that denies the special and extraordinary appeals.

Keywords: Civil procedure code. Internal appeal. Inadmissibility of special and extraordinary appeals.

¹ Advogado especialista em direito penal e processo penal pela Universidade Candido Mendes. Pós-Graduando em direito e prática nos tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Membro da Comissão de Assuntos Legislativos na OAB/DF. Titular da Alencastro Veiga Advocacia

1 INTRODUÇÃO

A temática abordada no presente trabalho corresponde a objeto de direito processual, cujo estudo será desenvolvido a partir da análise dos meios de impugnação ao exame prévio de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Visando a compreensão efetiva do assunto, a pesquisa parte da inovação legislativa trazida por meio da Lei Federal 13.256/2016, que modificou o novo Código de Processo Civil durante seu *vacatio legis*, bem como a concepção doutrinária, sobretudo, quanto às hipóteses de cabimento do agravo contra a decisão proferida por tribunal local que nega seguimento aos recursos excepcionais.

Com efeito, a relevância e pertinência do assunto foram reafirmadas com o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2 NOVAS FUNCIONALIDADES APLICADAS QUANDO DO EXAME PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Diversamente da forma prevista no Código de Processo Civil de 1973, o juízo prévio de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário no novo Código foi projetado para ser realizado, em regra, apenas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 1.030, parágrafo único, posteriormente alterado pela Lei Federal 13.256/2016. Tal dispositivo afastaria, para esses casos, o cabimento de agravo interno – art. 1.021 do Código de Processo Civil – perante os tribunais de origem².

Todavia, o quanto delineado foi alterado, mantendo-se o duplo grau de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, conforme se extrai

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 541.

dos arts. 1.030, § 2º, 1.035, § 7º, 1.036, § 3º, 1.041, § 2º, e 1.042, do Código de Processo Civil³.

Especificamente sobre esse ponto, Araken de Assis assevera que o juízo único traria flagrante economia de atividade processual, complementando que “A alegação de que o juízo único de admissibilidade privativo aumentaria a carga de trabalho ao STF é pouco persuasivo e, ademais, ignora a sensível diminuição de atividade global dos processos”⁴.

Na atual sistemática, interposto e respondido os recursos especial e extraordinário (art. 1.030, *caput*, CPC), incumbirá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal competente para lhe apreciar a admissibilidade, tomar uma das seguintes decisões:

[...] (a) negar seguimento (aa) a recurso extraordinário cujo objeto envolva questão constitucional a que o STF rejeitou a repercussão geral; (ab) a recurso extraordinário cujo acórdão esteja em conformidade com decisão tomada pelo STF em outro recurso extraordinário dotado de repercussão geral; (ac) à recurso extraordinário ou a recurso especial contra acórdão que aplicou a tese jurídica firmada pelo STF ou pelo STJ no julgamento de casos repetitivos, ou seja, no incidente de resolução de causas repetitivas ou nos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, I e II), seja quanto a questão de direito material, seja quanto questão de direito processual (art. 1.030, I, a e b); (b) encaminhar o processo ao órgão fracionário do tribunal, na hipótese de o acórdão objeto dos recursos extraordinário ou especial contraria a tese do STF e do STJ exarada em regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos (art. 1.030, II); (c) sobrestar o recurso extraordinário ou o recurso especial cujo objeto seja controvérsia de caráter repetitivo pendente de julgamento no STF ou no STJ (art. 1.030, III); (d) selecionar recurso representativo de controvérsia repetitiva, constitucional ou infraconstitucional, para subsidiar o julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos, observado o art. 1.036, § 6º, ou seja, acórdãos dotados de “abrangente argumentação e discussão” acerca da questão (art. 1.030, IV); e, finalmente, (e) realizar o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, preenchidas as seguintes condições: (ea) o recurso não haja sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamentos repetitivos; (eb) o recurso não tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; (ec) o órgão

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 541.

⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 882.

fracionário não haja retratado julgado desconforme com a tese firmada nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (art. 1.030, V, *a, b e c*)⁵.

Dessa forma, a Lei Federal 13.256/2016 alterou o desenho original e aproximou o sistema de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário ao do Código revogado, inovando, entretanto, quanto ao cabimento de agravo interno ao colegiado local em caso de inadmissão de recurso especial ou extraordinário pelo presidente ou vice-presidente do tribunal local, fundamentada em entendimento firmado em julgamento com repercussão geral ou tomado no procedimento de recursos repetitivos, nos termos dos artigos 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil⁶.

3 AGRAVABILIDADE DA DECISÃO ALUSIVA AO EXAME PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Com a promulgação da Lei Federal 13.256/2016, o novo Código de Processo Civil, além de manter a juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário pelos tribunais de segundo grau, passou a prever dois agravos distintos em face do exame prévio de admissibilidade, os quais serão cabíveis a depender da fundamentação de inadmissão adotada pela presidência ou vice-presidência do tribunal local.

Assim, sendo positivo o juízo de admissibilidade dos recursos especial ou extraordinários, com o consequente recebimento dos recursos, eles serão encaminhados para o tribunal competente. Lado outro, sendo o juízo negativo, é cabível o recurso de agravo interno, para o próprio tribunal, ou agravo em recurso especial e extraordinário, para os tribunais de superposição⁷. Vejamos.

3.1 Hipóteses de interposição de agravo nos recursos especial e extraordinário

⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 669.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 542.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1691.

Primeiramente, de modo semelhante à sistemática aplicável ao antigo Código, o artigo 1.042 do Código de Processo Civil dispõe que:

Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.

É o denominado agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, cujo cabimento é definido pelo artigo 1.030, § 2º, do CPC, que, por sua vez, remete às hipóteses indicadas no inciso V do mesmo artigo desse diploma legal⁸.

O agravo em recursos especial e extraordinário deve ser dirigido ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, independente do pagamento de custas, despesas postais e preparo, cujo prazo para interposição e resposta é de 15 (quinze) dias, nos termos dos arts. 1.007, *caput*, 1.042, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Ainda que não haja previsão legal nesse sentido, o presente recurso será interposto e processado nos próprios autos⁹, o que, naturalmente, dispensa o recorrente de instruir o recurso com peças processuais¹⁰.

Após a apresentação da resposta ao agravo, não havendo retratação (art. 1.042, §§ 2º e 4º do CPC), o agravo será remetido ao tribunal superior competente. Havendo interposição conjunta de dois agravos, em petições distintas, os autos serão encaminhados primeiramente ao Superior Tribunal de Justiça e, independentemente de pedido, os autos serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo a ele dirigido, salvo se prejudicado, nos termos do art. 1.042, §§ 6º e 8º, do Código de Processo Civil.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1691.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*. 678.881/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 27/10/2015, publicado no DJe em 25/11/2015. Por unanimidade.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

Por fim, uma novidade interessante é a possibilidade de sustentação oral para o agravo em recurso especial e extraordinário, conforme o caso, juntamente com o julgamento do respectivo recurso¹¹, conforme o art. 1.042, § 5º, do CPC.

3.2 Hipóteses de interposição de agravo interno

Já o agravo interno, além das hipóteses de cabimento previstas no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, passou, com advento da Lei Federal 13.256/2016, a ser o meio de impugnação próprio nos casos de negativa de seguimento dos recursos especial e extraordinário fundamentados no art. 1.030, I e III, do Código de Processo Civil, nos termos do § 2º do mencionado dispositivo legal.

Desse modo, o agravo interno tornou-se o recurso próprio para impugnar a decisão da presidência ou vice-presidência que negar seguimento (a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; e, ainda, quando (c) sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional, nos exatos ditames do art. 1.030, I, III e § 2º, do Código de Processo Civil.

O agravo interno será sempre julgado pelo órgão colegiado a que o relator (ou o presidente) se vincula, e em cujo nome atuou, qual verdadeiro porta voz, ao decidir monocraticamente¹², afinal, essa é a regra básica da delegação: “[...] é mantida a

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2393.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 528.

competência de revisão do órgão que delegou a um determinado sujeito a função inicial de apreciação da matéria¹³.

Todavia, não se pode olvidar que a “[...] concentração dos poderes no relator ora visa à adequação da tutela jurisdicional, ora visa a estimular a economia processual, à fidelidade, à jurisprudência e aos precedentes”¹⁴.

Na petição de interposição de agravo, que deve ser dirigida ao relator, incumbe ao agravante impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, implicando o não conhecimento do recurso que se limitar reproduzir os fundamentos do recurso anteriormente interposto e monocraticamente julgado, reputada, portanto, inepta¹⁵, em conformidade com o art. 1.021, § 1º, do CPC.

Além de ser pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido¹⁶, a previsão especificamente para o agravo interno se justifica, porquanto a experiência forense demonstra que é frequente o agravante se limitar a repetir exatamente os mesmos fundamentos de sua pretensão rejeitada pela decisão monocrática¹⁷.

De igual modo, “é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno”, nos termos do art. 1.021, § 3º, do CPC, novidade normativa que, segundo o jurista Daniel Amorim Assumpção Neves, “promete mexer num vespeiro”, uma vez que “qualquer pessoa com mínima experiência na praxe forense sabe que as decisões de agravo interno (ou regimental) são em sua grande maioria um ‘recorta e cola’ explícito da decisão monocrática”¹⁸.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1685.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 524.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 529.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial*. 532.030/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 28/04/2015, publicado no DJe em 12/05/2015. Por unanimidade.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1686.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1688.

Especificamente nos casos de julgamento de agravo interno, a partir da nova legislação, a reprodução dos fundamentos da decisão agravada deve ser vetada, já havendo, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido¹⁹.

“Com isso o novo Código não só estimula a atenção para o caso concreto, mas também visa a prestigiar um diálogo congruente entre o juiz e as partes como método adequado para a busca da justiça no processo”²⁰.

Lado outro, o parágrafo segundo do artigo 1.021 do Código de Processo Civil traz duas inovações relevantes ao procedimento do agravo interno: (a) intimação do agravado para contrarrazões (que, em conformidade com o prazo para interposição do recurso, tem quinze dias para manifestar-se); e (b) a previsão de inclusão em pauta²¹.

Com efeito, a ausência de intimação da parte para apresentar contrarrazões gera nulidade de natureza absoluta, em virtude do desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, conforme a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²².

Outrossim, há previsão expressa quanto a possibilidade do exercício do juízo de retratação pelo relator do recurso, com fulcro no art. 1.021, § 2º, do CPC, não havendo, todavia, previsão permissiva de sustentação oral para essa via recursal.

Não se pode olvidar que “Para evitar o abuso no ingresso do agravo interno, é natural que o legislador crie uma espécie de sanção à parte que abusa do direito de recorrer”²³, de modo que “O expediente pouco promissor de cominar sanções pecuniárias a recursos protelatórios repete-se no agravo interno”²⁴.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. 1.622.386/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 20/10/2016, publicado no DJe em 25/10/2016. Por unanimidade.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 524.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1688.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de declaração no Recurso Especial*. 1.118.770, Rel. Min. Regina Costa, Primeira Turma. Julgado em 19/09/17, publicado no DJe em 27/09/17. Por unanimidade.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1689.

²⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 691.

Para tanto, conforme o disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, “Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”.

“Note-se que nesse caso há dever de imposição da multa, na medida que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários”²⁵, visando não somente a promoção da boa-fé processual, como a garantia da razoável duração do processo.

Uma vez imposta, [...] o depósito da multa torna-se fato impeditivo do direito de interpor recursos subsequentes na mesma cadeia recursal”²⁶.

Essa multa não tem cabimento, entretanto, no agravo interposto com o fito de esgotar a instância ordinária e ensejar a interposição de recurso especial²⁷, porquanto trata-se da única forma de a parte chegar aos tribunais superiores por meio dos recursos excepcionais²⁸.

Nesse tocante, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial repetitivo – tema 434, consolidou o entendimento de que o agravo interposto em tribunal de segundo grau com o objetivo de exaurir a instância recursal ordinária visando a interposição de recurso especial não é considerado manifestamente inadmissível ou infundado, sendo inaplicável a multa ora examinada²⁹.

3.3 Particularidades de ambos agravos quando interpostos para impugnar decisão que inadmite os recursos especial e extraordinário

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 525.

²⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 691.

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 691.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1689.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. 1.198.108/RJ*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial. Julgado em 17/10/2012, publicado no DJe em 21/11/2012. Por unanimidade.

Importante destacar duas particularidades que tangem tanto o agravo em recurso especial e extraordinário, quanto o agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil.

A primeira refere-se a inaplicação do princípio da fungibilidade quando o recorrente confunde os dois meios próprios de impugnação. O Superior Tribunal de Justiça já tem precedente certificando que, nesse caso, a confusão deriva de erro grosseiro. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO, NA ORIGEM, COM BASE NO ART. 1.030, I, B, DO CPC/2015. PREVISÃO DE AGRAVO INTERNO, NO PRÓPRIO TRIBUNAL DE ORIGEM (ART. 1.030, § 2º, CPC/2015). INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO PARA O STJ. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 03/10/2017, que julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/2015.

II. Nos termos do ART. 1.030, § 2º, do CPC/2015, não cabe Agravo em Recurso Especial, dirigido ao STJ, contra decisão que, na origem, nega seguimento ao Recurso Especial, com base no artigo 1.030, I, b, do mesmo diploma legal, cabendo ao próprio Tribunal recorrido, se provocado por Agravo Interno, decidir sobre a alegação de equívoco na aplicação do entendimento firmado em Recurso Especial representativo da controvérsia. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 967.166/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/10/2017; AgInt no AREsp 1.010.292/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/04/2017; AgInt no AREsp 951.728/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 07/02/2017. III. Inviável, na hipótese, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, de vez que, na data da publicação da decisão que não admitiu o Recurso Especial, já havia expressa previsão legal para o recurso cabível (art. 1.030, I, b, e § 2º, do CPC/2015), afastando-se, por conseguinte, a dúvida objetiva.

IV. Nos termos da jurisprudência do STJ, "a interposição do agravo previsto no art. 1.042, caput, do CPC/2015 quando a Corte de origem o inadmitir com base em recurso repetitivo constitui erro grosseiro, não sendo mais devida a determinação de outrossa de retorno dos autos ao Tribunal a quo para que o aprecie como agravo interno" (STJ, AREsp 959.991/RS, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 26/08/2016).

V. Agravo interno improvido.³⁰

Oportuno observar que o mencionado precedente, além de recente, é fundamentado em julgados da Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra ser esse o entendimento uníssono da Corte Superior.

A segunda peculiaridade exsurge do seguinte problema: como impugnar a decisão proferida pela presidência ou vice-presidência do tribunal de segundo grau que inadmite os recursos especial e extraordinário baseando-se em mais de um fundamento?

Atento a essa dificuldade, Theotonio Negrão assevera que:

A decisão que se funda tanto no inc. I quanto no inc. V do art. 1.030 expõe-se a dois recursos distintos: agravo interno para a impugnação do capítulo que nega seguimento a recurso extraordinário ou especial e agravo ao tribunal superior para a insurgência contra o capítulo que inadmite recurso extraordinário ou especial³¹.

Ademais, a resposta referenciada veio acompanhada de recente precedente de origem da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça³².

4 NÃO CABIMENTO DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO POR VIOLAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES QUE REGEM O SOBRESTAMENTO DO FEITO EM VIRTUDE DE PRECEDENTE FORMADO OU EM FORMAÇÃO

A alteração legislativa trazida por meio da Lei Federal 13.256/2016, que modificou o Código de Processo Civil durante seu *vacatio legis*, criou instrumentos tendentes a erigir precedentes vinculativos (art. 927 do CPC) e, de um lado, preocupou-se em subtrair o conhecimento dos recursos do Superior Tribunal de

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no Agravo em Recurso Especial. 1.164.904/ES*, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 20/03/2018, publicado no DJe em 23/03/2018. Por unanimidade.

³¹ NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 980.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso extraordinário no recurso em habeas corpus. 49.968*, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial. Julgado em 19/04/2017, publicado no DJe em 03/05/2017. Por unanimidade.

Justiça e do Supremo Tribunal Federal sempre que possível, e, de outro, instruíram complexa sistemática, nos termos do art. 1.030 do Código de Processo Civil³³.

Todavia, há corrente doutrinária que se preocupa pelo fato de a sistemática trazida pela citada alteração legislativa tornar, de certa forma, o agravo interno dirigido ao tribunal de segundo grau impugnável³⁴.

Aliás, há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser irrecurável a decisão resultante do julgamento do agravo interno. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTÉM DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC/1973. NOVO RECURSO ESPECIAL APONTANDO VIOLAÇÃO DO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC/1973. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE CABIMENTO DE RECURSO OU DE OUTRO REMÉDIO PROCESSUAL. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que o único recurso cabível para impugnação de possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C, do CPC/1973, é o agravo interno, a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual. Precedentes.

2. Desta forma, sendo negado provimento ao agravo interno contra decisão que indeferiu o processamento do recurso especial com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC/1973, contra tal acórdão não cabe a interposição de qualquer recurso, por ser inadmissível o recurso especial que aponta violação ao art. 543-C, § 7º, I, do CPC/1973, e por conseguinte, do respectivo agravo em recurso especial.

3. Precedentes: AgRg no AREsp 700.337/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 19/10/2015;

AgRg no AREsp 669.431/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 13/08/2015; AgRg no AREsp 682.347/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015,

³³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 669.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1691.

DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 652.000/PB, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 17/06/2015; AgRg no AREsp 535.840/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 16/09/2014.

4. Ainda que entendimento do STJ firmado no julgamento do REsp 1.261.020/CE, da minha relatoria e submetido à sistemática do art.

543-C do CPC/1793, julg. em 24/10/2012, tenha restado superado pelo julgamento do RE 638.115/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 19/03/2015, certo é que a revisão do entendimento adotado pelo Tribunal de origem - na mesma linha do entendimento anterior do STJ -, não pode ser feita no bojo de recurso especial interposto contra acórdão que mantém a decisão de inadmissibilidade do recurso especial primitivo com base no art. 543-C, § 7º, I, do CPC/1973, além de não competir ao STJ determinar o retorno dos autos para que seja aplicado o entendimento firmado pelo STF, o que compete apenas ao Pretório Excelso na via processual adequada, e muito menos proceder à devolução dos autos à origem para que o agravo fosse processado como agravo regimental, diante da inadequação da medida em razão da existência de decisão colegiada da Corte de origem mantendo a decisão de inadmissibilidade do recurso especial, de modo que, compete à embargante buscar a via jurisdicional adequada para tanto.

5. Agravo interno não provido.³⁵

Ainda nesse sentido, a Corte Superior de Justiça assevera que:

[...] Revela-se manifestamente inadmissível a interposição de novo recurso especial contra acórdão que, no julgamento de agravo regimental, manteve a decisão de negativa de seguimento de anterior recurso extraordinário ou especial (art. 543-C, § 7º, I, do CPC/1973), por considerar que o entendimento está de acordo com a orientação firmada no julgamento repetitivo. [...]³⁶.

Com efeito, convém ressaltar que sequer cabe reclamação contra o julgamento de agravo interno que, “[...] em última análise, equivocadamente determina o sobrestamento de recurso extraordinário ou especial com fundamento no

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial*. 838.009/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 28/03/2017, publicado no DJe em 03/04/2017. Por unanimidade.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial*. 661.759, Rel. Min. Regina Costa, Primeira Turma. Julgado em 17/11/2016, publicado no DJe em 07/12/2016. Por unanimidade.

art. 1.039-III, pois ainda não firmado nesse momento o precedente qualificado pelo STF ou do STJ (art. 988 § 5º-II)”³⁷.

Não se pode olvidar, ainda, que parte da doutrina defende a possibilidade de tornar o acórdão do agravo interno de alguma forma impugnável³⁸, entretanto, é improvável que a tese vingue³⁹, “[...] bastando para se chegar a tal conclusão a jurisprudência formada na vigência do CPC/1973, pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de inadmitir novo recurso especial contra o acórdão do agravo interno interposto contra decisão que inadmitia o recurso excepcional”⁴⁰.

Não é por outro motivo que revela-se correta a preocupação da doutrina com o engessamento do direito se não houver forma de revisão de precedentes pelo tribunal que os criou⁴¹. Afinal, “[...] inadmitir recurso contra o acórdão que julga o agravo interno no caso ora analisado é certamente uma forma de impedir a necessária oxigenação do direito”⁴².

Oportuna, portanto, a crítica sobre o tema realizada pelos juristas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, *in verbis*:

É preciso perceber, porém, que a ressalva final do art. 1.042, merece interpretação conforme a Constituição (arts. 102, III, e 105, III). Isso quer dizer que essa ressalva serve apenas para postergar o cabimento do agravo em recurso extraordinário ou do agravo em recurso especial para depois do julgamento do agravo interno pelo tribunal local. Interpretar de modo diverso

³⁷ NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 981.

³⁸ “Parte-se da premissa de que, tendo sido o recurso excepcional inadmitido por já existir um precedente no tribunal superior a respeito do tema, a parte sucumbente só poderia impugnar a decisão alegando a distinção ou superação do precedente. Caso pretenda alegar a superação, seria cabível novo especial – por violação aos arts. 947, parágrafo 3º, 985, II, e 986, todos do Novo CPC – e recurso extraordinário – por violação ao art. 102, caput, da CF, a depender de qual recurso tiver sido inadmitido na origem. Caso a parte pretenda alegar a distinção, seria cabível a reclamação constitucional com fundamento no art. 988, I, do Novo CPC, já que sendo o caso concreto distinto, a decisão do tribunal de segundo grau que obsta o seguimento do recurso ao tribunal superior na realidade usurpa sua competência.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692).

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

significa suprimir do STF e do STJ o poder de afirmar os seus próprios precedentes mediante as devidas distinções e, ao fim e ao cabo, não permitir o próprio desenvolvimento do direito mediante adições paulatinas, ampliações e restrições. Em outras palavras: a Constituição deferir ao STF e ao STJ o poder de afirmar a existência de efetiva violação à Constituição (art. 102, III) e à lei federal (art. 105, III). Portanto, o que o legislador infraconstitucional pode fazer é deferir o juízo de admissibilidade aos tribunais locais, isto é, permitir a aferição da existência ou não de alegação de violação à Constituição ou à lei federal. Quando, porém, o legislador procura encerrar a discussão a respeito da existência ou não de distinções entre casos nas instâncias ordinárias, ele suprime do STF e do STJ competência constitucional, porque permite que as instâncias ordinárias afirmem a existência ou inexistência de efetiva violação à Constituição ou à lei federal. Perceba-se o ponto: se é caso de distinção e a presidência ou vice-presidência do tribunal local entende que não é, o que ocorre é a violação da norma por ausência de subsunção. Daí a imprescindibilidade de cabimento do agravo em recurso extraordinário ou em recurso especial⁴³.

De qualquer sorte, [...] é difícil acreditar, infelizmente, que o Superior Tribunal de Justiça modifique sua jurisprudência a respeito do tema”⁴⁴.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, considerando a inovação legislativa agregada ao novo Código de Processo Civil durante sua vacância, sobretudo quanto à recente sistemática pertinente aos meios de impugnação à decisão judicial proferida por tribunal de segundo grau que nega seguimento aos recursos especial e extraordinário, é necessária extrema prudência ao analisar o fundamento desta, pois determinante à eleição do recurso cabível, sob pena de não ser conhecido.

Em se tratando de agravo interno, cabível em caso de decisão que inadmita os recursos especial e extraordinário motivada em entendimento firmado em julgamento com repercussão geral ou tomado no procedimento de recursos repetitivos, nos termos dos artigos 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, exsurge uma particularidade relevante: o órgão competente para julgamento do recurso é o

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 542-543.

⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1692.

próprio tribunal local, impossibilitando, ou, quando menos, dificultando o acesso aos tribunais de superposição.

Ainda que a mencionada ferramenta seja tendente a incentivar precedentes vinculativos, a irrecorribilidade, nesses casos, pode ensejar o enrijecimento exacerbado do direito, cujo constante desenvolvimento é, na maioria das vezes, salutar.

Assim, mostra-se imperioso admitir meios impugnativos para se insurgir do julgamento do agravo interno proferido pelos tribunais de segundo grau, de modo a não tornar as instâncias extraordinárias intangíveis, suprimindo suas competências constitucionalmente definidas (arts. 102, III, e 105, III) para julgar a matéria.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial*. 838.009/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 28/03/2017, publicado no DJe em 03/04/2017. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial*. 1.164.904/ES, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 20/03/2018, publicado no DJe em 23/03/2018. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo interno no agravo em recurso especial*. 661.759, Rel. Min. Regina Costa, Primeira Turma. Julgado em 17/11/2016, publicado no DJe em 07/12/2016. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo em recurso especial*. 532.030/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 28/04/2015, publicado no DJe em 12/05/2015. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo em recurso especial*. 678.881/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma. Julgado em 27/10/2015, publicado no DJe em 25/11/2015. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso extraordinário no recurso em habeas corpus*. 49.968, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial. Julgado em 19/04/2017, publicado no DJe em 03/05/2017. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de declaração no Recurso*

Especial. 1.118.770, Rel. Min. Regina Costa, Primeira Turma. Julgado em 19/09/17, publicado no DJe em 27/09/17. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. 1.198.108/RJ*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial. Julgado em 17/10/2012, publicado no DJe em 21/11/2012. Por unanimidade.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial. 1.622.386/MT*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 20/10/2016, publicado no DJe em 25/10/2016. Por unanimidade.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MEIOS DE RECORRIBILIDADE DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS: UMA CRÍTICA AO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

MEANS OF RECORRIBILITY OF INTERLOCUTORY DECISIONS: A CRITICAL TO THE BRAZILIAN RESOURCES SYSTEM IN THE LIGHT OF THE COVENANT OF SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Rodrigo Ascenso Reis Ribeiro ¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve estudo sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias no direito brasileiro. Na primeira parte do trabalho, será abordada de maneira sucinta a evolução histórica dos meios de impugnação desse tipo de pronunciamento judicial no Brasil. Após isso, será discutido o atual panorama nacional, surgido com o Código de Processo Civil de 2015, com ênfase na taxatividade do rol do art. 1015 e nas críticas tecidas em face de sua aplicabilidade aos meios recursais. Na segunda parte, será discutida a influência da Convenção Americana de Direitos Humanos na seara processual, seus pontos de intersecção com o direito processual brasileiro e seus possíveis impactos no cenário jurídico pátrio. A metodologia adotada para este trabalho está centrada na pesquisa e coleta de informações, viabilizadas por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Recorribilidade de decisões interlocutórias. Recurso de agravo. Pacto de San José da Costa Rica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to conduct a brief study on the appeal of interlocutory decisions in Brazilian law. In the first part of the paper, the historical evolution of the means of challenging this type of judicial pronouncement in Brazil will be briefly discussed. After this, we will discuss the current national panorama, which emerged with the 2015 Civil Procedure Code, with emphasis on the exhaustive nature of article 1015 and in the criticisms made in the face of its applicability to the means of contest. In the second part, the influence of the American Convention on Human Rights in the procedural aspect, its points of intersection with Brazilian procedural law and its possible impacts on the legal context of the country will be discussed. The methodology adopted for this work is centered on the research and information collection, made possible through a bibliographic survey.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

Keywords: Appeal of interlocutory decisions. Review appeal. Pact of San José of Costa Rica.

1 INTRODUÇÃO

O direito processual brasileiro vem passando por um longo processo de evolução. Se inicialmente herdamos as premissas da legislação portuguesa, agora possuímos normas com traços próprios, mais adequados à realidade forense nacional. A atividade dos estudiosos do Direito permite com que os caminhos escolhidos pelo legislador sejam discutidos, avaliados e revisados. Esse intenso debate doutrinário gera um sistema que constantemente se reinventa, buscando corrigir eventuais falhas ou lacunas.

Os meios de recorribilidade de decisões interlocutórias não estão imunes a esse processo. Se em um passado próximo estávamos sujeitos a uma recorribilidade ampla, vivemos atualmente uma restrição da recorribilidade imediata, em relação a qual existem argumentos favoráveis e contrários. Se por um lado a tentativa de tornar o Poder Judiciário mais efetivo implica em reformas processuais e diminuição de recursos procrastinatórios, por outro deve existir sensibilidade ao se aplicar novas premissas, de modo a não se violar os direitos e as garantias dos cidadãos, tão importantes de serem observadas em um Estado Democrático.

O Direito Internacional Contemporâneo, marcado pelo forte reconhecimento dos direitos fundamentais, gera reflexos nos mais diferentes ramos do direito interno, inclusive o direito processual. Garantias processuais são reconhecidas internacionalmente como um instrumento indispensável para uma prestação jurisdicional plena e para a valorização do ser humano. Cabe aos Estados aplicarem as diretrizes estabelecidas em documentos internacionais dos quais são signatários, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, sob pena de ofenderem princípios essenciais à cidadania de seus membros.

2 A IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DE PRIMEIRO GRAU À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM ESTUDO VOLTADO À TESE DE TAXATIVIDADE DO ROL ESTABELECIDO PELO ART. 1.015 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL

As decisões interlocutórias, ao lado das sentenças e dos despachos, figuram no rol de “pronunciamentos do juiz” previstos no art. 203 do Código de Processo Civil. Assemelham-se às sentenças por possuírem caráter decisório, contudo, não colocam fim à fase cognitiva do procedimento comum, tampouco extinguem a execução. Possuem grande importância para o processo pois, apesar de não o finalizarem, são capazes de resolver questões incidentais que, muitas vezes, possuem relação de prejudicialidade com o mérito processual.

A recorribilidade das decisões interlocutórias vem passando por um longo processo evolutivo no Direito Brasileiro, caracterizado por intensas discussões doutrinárias e por significativas mudanças legislativas, em relação às quais convém traçar um pequeno histórico.

Código de Processo Civil de 1939 adotava, à semelhança do Código de Processo Civil atual, um modelo de restrição recursal, no qual os então chamados “despachos interlocutórios” eram recorríveis apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei. Nesse sentido, os recursos cabíveis eram o agravo de instrumento, previsto no art. 842, e o agravo no auto do processo, previsto no art. 851. Também existia o agravo de petição que, no entanto, era cabível, via de regra, contra decisões terminativas, que eram aquelas que colocavam fim ao processo, mas não examinavam o seu mérito.

Assim, na égide do CPC de 1939, a recorribilidade das decisões interlocutórias, comoregra geral, era taxativa. Era cabível agravo de instrumento contras as seguintes decisões:

I - que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II - que julgarem a exceção de incompetência; III - que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV - que receberem ou rejeitarem “in limine” os embargos de terceiro; V - que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI - que ordenarem a prisão; VII -

que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamentário ou liquidante; VIII - que arbitrem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamentários; IX - que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X - que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo; XI - que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens; XII - que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII - que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV - que julgarem ou não a prestadas as contas; XV - que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI - que negarem alimentos provisionais; XVII - que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, sub-rogação ou arrendamento de bens.

Por sua vez, era cabível agravo no auto do processo contra decisões que:

I – julgassem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada; II – que não admitissem a prova requerida ou cerceassem, de qualquer forma, a defesa do interessado; III – que concedessem, na pendência da lide, medidas preventivas; IV – que considerassem, ou não, saneado o processo.²

Após isso, surgiu o Código de Processo Civil de 1973, cujo anteprojeto foi elaborado pelo eminente jurista Alfredo Buzaid. Tal normativo foi alterado antes mesmo de entrar em vigor pela Lei nº 5.925, de 1º de outubro de 1973, inclusive em relação ao recurso de agravo. Outras alterações seriam realizadas posteriormente, mudando significativamente a recorribilidade das decisões interlocutórias.

Diferentemente do Código de Processo Civil anterior, que deixou à cargo da doutrina a enumeração e conceituação dos atos do juiz, o CPC de 1973 classificou-os em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. No entanto, como leciona Gabriel Araújo González³, o art. 162 do CPC de 1973 acaba por não mencionar todos os atos do magistrado, deixando de fora, por exemplo, o interrogatório das partes, a inquirição das testemunhas e a inspeção judicial. Nesse sentido, o citado

² NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história*: como ficou no Código de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

³ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 109.

artigo acabou por não tratar de forma exaustiva dos atos do juiz, exaurindo, na verdade, os pronunciamentos do juiz.

O CPC de 1973 passou a tratar do agravo em um único capítulo, que abrangia as suas diferentes formas de interposição: retida, por instrumento e inominada. Esse Código eliminou o rol taxativo de recorribilidade, sendo possível a utilização do agravo contra todas as decisões interlocutórias.

Ademais, também foram eliminados o agravo no auto do processo e o agravo de petição, ao passo que foram criados agravos regimentais pelos Tribunais que, gradualmente, passaram a ser incorporados pela legislação federal na forma de agravos internos.⁴

A partir da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, o agravo de instrumento passou a ser cabível apenas quando houvesse risco de lesão grave ou de difícil reparação, quando se tratasse de decisão que inadmitisse a apelação, quando relativa aos efeitos de recebimento da apelação ou nos casos de incompatibilidade de agravo retido ao caso.

As constantes alterações legislativas do Código de Processo Civil de 1973 ocasionaram a perda de sua sistematicidade, o que, somado a um contexto jurídico de valorização dos direitos fundamentais, deflagrou a necessidade de renovação do sistema processual brasileiro. Diante disso, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas, presidida por Luiz Fux, que recebeu a missão de elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil.

Daí surgiu o Código de Processo Civil de 2015, que instituiu um modelo diferenciado para a recorribilidade de decisões interlocutórias, dividido em duas ramificações: a) por agravo de instrumento, nas hipóteses taxativamente expressas no art. 1.015; b) por razões ou contrarrazões de apelação, nas demais hipóteses.

No atual Código, é cabível agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre: a) tutelas provisórias; b) mérito do processo; c)

⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história*: como ficou no Código de 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

rejeição da alegação de convenção de arbitragem; d) incidente de descon sideração da personalidade jurídica; e) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; f) exibição ou posse de documento ou coisa; g) exclusão de litisconsorte; h) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; i) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; j) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; k) redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º; e l) outros casos expressamente previstos em lei. Além disso, são agraváveis as decisões interlocutórias proferidas nas fases processuais de liquidação, de cumprimento de sentença, de execução de título extrajudicial e em processo de inventário.

Contra as decisões interlocutórias que não tratem dos temas indicados acima, a parte insatisfeita deverá aguardar momento posterior à sentença para manifestar seu descontentamento.

Isso poderá ser feito em preliminar de apelação, caso a parte insatisfeita tenha sido vencida também na sentença, ou em contrarrazões de apelação, caso a parte insatisfeita com a decisão interlocutória tenha sido vencedora na sentença e a outra parte tenha interposto apelação.

Quando o vencido na sentença se utilizar da apelação para também impugnar uma decisão interlocutória, caso essa impugnação seja acolhida, poderão a sentença e os atos processuais ser desfeitos, existindo a possibilidade da apelação se tornar incipiente em relação a eles.

Por sua vez, a parte vencedora na sentença que se utilize das contrarrazões de apelação para impugnar decisão interlocutória terá a apreciação de seu recurso condicionada ao conhecimento e provimento da apelação da parte contrária.

Observa-se, com tudo isso, que o atual CPC optou por retomar a tradição processual nacional de taxar em um rol limitado as decisões interlocutórias passíveis de recurso imediato, uma vez que, diante do grande quantitativo de ações e recursos na justiça brasileira, o legislador vem buscando cada vez mais tornar o processo enxuto, evitando recursos protelatórios e procrastinações desnecessárias. No entanto, fica a questão: a restrição recursal poderia gerar danos processuais às partes?

Apesar dos esforços para reduzir em um rol taxativo e diminuto as hipóteses de agravo de instrumento, a doutrina e a jurisprudência vem trabalhando no sentido de alargar esse rol que, por uma interpretação extensiva, tem abrangido diversas outras hipóteses semelhantes. É certo que o rol taxativo do art. 1.015 não é capaz de abarcar todas as decisões interlocutórias que exigem reexame imediato ou breve. A insistência em manter a rigidez dessa taxatividade pode abrir espaço para a utilização indevida ou desenfreada de sucedâneos recursais, como o mandado de segurança. Isso seria contraproducente para o sistema processual como um todo e poderia gerar prejuízos para as partes.

O atual CPC abre a possibilidade de recurso imediato, via agravo de instrumento, contra decisão interlocutória que verse sobre tutela provisória, abrangendo, assim, diversas decisões que poderiam causar danos graves ou de difícil reparação. Isso diminui, de certa maneira, a possibilidade do uso de sucedâneos recursais para contornar a taxatividade do art. 1.015.

À semelhança do CPC atual, o Código de Processo Civil de 1937 trazia um rol taxativo de hipóteses de recorribilidade de decisões interlocutórias. No entanto, enfrentou diversos problemas quanto ao uso excessivo de sucedâneos recursais, uma vez que, ao contrário do sistema atual e do sistema do CPC de 1973, não permitia o agravo de decisões interlocutórias que pudessem causar danos graves ou de difícil reparação às partes.

A doutrina processual brasileira se divide entre aqueles que defendem que o rol do art. 1.015 é taxativo de forma absoluta e aqueles que acreditam que essa taxatividade deve ser relativizada, uma vez que não foi capaz de abranger todas as decisões interlocutórias que exigem reexame imediato e contra as quais a apelação não seria capaz de gerar um provimento jurisdicional adequado. Nesse sentido, surge o debate sobre o real alcance dessa interpretação extensiva. Quais decisões interlocutórias que estão fora do rol taxativo do art. 1.015 poderiam ser atacadas pelo agravo de instrumento?

Gabriel Araújo González⁵ entende ser necessário que o fator determinante utilizado pelo legislador para que uma decisão interlocutória estivesse no rol taxativo seja o mesmo utilizado para se considerar outra decisão interlocutória como análoga. Nesse sentido, ele se contrapõe ao entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha de que, pelo fato da convenção de arbitragem ser negócio jurídico processual, todas as decisões que negarem eficácia a negócios jurídicos processuais ou não os homologarem estarão sujeitas a agravo de instrumento em virtude da semelhança das situações. Para González, o fator determinante para a convenção de arbitragem constar no rol taxativo não foi o fato de ser negócio jurídico processual, mas sim:

a junção do possível desperdício de atos processuais, do retrocesso à litigância original em caso de reforma ou invalidação e do alegado risco de desrespeito à convenção arbitral, fatores não presentes necessariamente em todas as negativas de eficácia ou de homologação de negócios jurídicos processuais.

Desse modo, não basta a simples semelhança entre a decisão interlocutória prevista no rol taxativo e a decisão potencialmente análoga. Antes, é necessário existir a inapetência da apelação para tutelar a hipótese, que poderia ser constatada pela necessidade de reexame imediato da decisão interlocutória, pela possível ausência de interesse recursal de uma futura apelação ou pela possibilidade de ocorrência de riscos processuais ou prejuízos às partes pela demora no reexame da decisão interlocutória. Assim, a decisão interlocutória que tratar sobre competência, apesar de não estar prevista no rol taxativo, deverá ser submetida a agravo de instrumento, pois, caso contrário, existiria a possibilidade de a parte litigar em foro incorreto por um longo tempo e a recorribilidade ao final por meio da apelação se mostrar inútil.

Mais uma vez, González⁶ critica o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, que entendem que a decisão interlocutória sobre competência é agravável não pela ineficiência da apelação para tutelar a situação, mas sim pela sua semelhança com a decisão interlocutória que versa sobre

⁵ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 367-369.

⁶ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 367.

convenção de arbitragem. Nesse sentido, González defende que a decisão sobre convenção de arbitragem não trata sobre competência, mas sim de momento anterior a ela, qual seja, a possibilidade de o Poder Judiciário processar e julgar a demanda. Só após isso, ao se ter confirmado que o pleito se submete à jurisdição estatal, é que se pode falar em competência, momento em que se decidirá qual órgão do Poder Judiciário processará e julgará a demanda.

Além disso, o acolhimento de ambas as decisões gera consequências diferentes. Enquanto o acolhimento da alegação de convenção de arbitragem implica na extinção do processo sem resolução do mérito, o acolhimento da alegação de incompetência implica geralmente na remessa dos autos ao juízo competente.

Por sua vez, González⁷ defende que a decisão interlocutória sobre convenção de arbitragem se aproxima mais das decisões sobre litispendência e coisa julgada do que das decisões sobre competência, pois sua postergação traria a possibilidade da prática de atos processuais inúteis, concorrência de processo arbitral e, como consequência, decisões contraditórias.

Em relação à preclusão consumativa das decisões interlocutórias, o § 1º do art. 1.099 do CPC de 2015 estabelece que as questões resolvidas na fase de conhecimento, cuja decisão não comporte agravo de instrumento, só poderão ser suscitadas em preliminar de apelação eventualmente interposta ou em contrarrazões de apelação, e não estarão sujeitas à preclusão. Em uma leitura superficial, se poderia extrair que as decisões interlocutórias sujeitas a agravo de instrumento precluem, enquanto as decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento não precluem. No entanto, o mais correto seria afirmar que ambas as decisões estão sujeitas à preclusão. A preclusão das decisões interlocutórias agraváveis ocorre se a parte não interpuser o agravo de instrumento no prazo legal de 15 dias, enquanto a preclusão das decisões interlocutórias não agraváveis ocorrerá se a parte insatisfeita não suscitar a questão em razões de apelação, caso tenha sido vencida na sentença, ou nas contrarrazões de apelação, caso tenha sido vencedora na sentença e a parte adversária tiver apelado.

⁷ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 368.

Ainda sobre a preclusão, e em complemento às críticas já tecidas quanto aos possíveis prejuízos de uma restrição recursal interlocutória baseada no critério de taxatividade absoluta, cabe ressaltar que a metodologia adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 para a recorribilidade das decisões interlocutórias implicou em uma grande mudança no seu regime de preclusão. No CPC de 1973, as decisões não sujeitas a agravo de instrumento eram recorríveis por agravo retido, cujo recurso deveria ser interposto junto ao juízo *a quo* e posteriormente confirmado junto ao juízo *ad quem*, que o julgaria no caso de recurso contra a sentença e se não houvesse ocorrido retratação pelo magistrado que proferiu o ato impugnado. Caso não fosse interposto no prazo legal, a preclusão já se consumaria em momento pré-sentencial. Na sistemática atual, ocorreu a extinção do agravo retido, estando as decisões não agraváveis de instrumento sujeitas a recurso em sede de apelação ou contrarrazões de apelação, ocorrendo um adiamento da preclusão para momento posterior à sentença.

Em ambos os sistemas, o recurso contra decisão interlocutória não sujeita a agravo de instrumento é apreciado pelo Tribunal após a sentença. Entretanto, no CPC de 1973, a preclusão ocorria já no primeiro grau, antes da sentença, caso a parte insatisfeita não se manifestasse. Já no CPC de 2015, não é necessário a parte descontente se manifestar na primeira instância, ocorrendo a preclusão somente no Tribunal.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier,⁸ essa alteração no sistema processual não foi relevante, pois o momento de julgamento do recurso é o mesmo, ficando a situação mais confortável para a parte, que não precisa recorrer imediatamente.

Contudo, grande parte da doutrina tem criticado essa nova sistemática. No CPC de 1973, todas as decisões interlocutórias estavam sujeitas à preclusão imediata, o que gerava segurança jurídica, uma vez que existia maior estabilidade das decisões e clareza quanto ao procedimento e a relação processual. Já no atual

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma do processo civil: são os recursos o grande vilão?. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coords.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 748-749, apud GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 201-202.

CPC, a tentativa de flexibilizar o processo e incentivar a economia processual gerou a relativização das preclusões, o que pode causar instabilidade processual.

Além disso, a postura jurisprudencial de permitir o uso do agravo de instrumento para hipóteses não previstas no rol taxativo do art. 1.015 pode gerar confusão entre os operadores do Direito sobre em qual momento ocorreria a preclusão das diferentes decisões interlocutórias. Desse modo, uma possível divergência de entendimento entre juízos e tribunais em relação à quais decisões interlocutórias não incluídas no art. 1.015 também estão sujeitas a agravo de instrumento pode gerar o seguinte problema: o juízo de primeiro grau entende que uma decisão interlocutória não pode ser combatida por agravo de instrumento mas, quando a parte recorre ao Tribunal em sede de preliminar ou contrarrazões de apelação, esse entende que o agravo de instrumento era cabível contra a decisão interlocutória, que precluiu pelo fato da parte não ter apresentado o recurso no prazo cabível.

3 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E OS REFLEXOS DE SEUS PRECEITOS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 8º E 25 DO REFERIDO DOCUMENTO INTERNACIONAL E UMA CRÍTICA AOS NOVOS PRECEITOS LEGAIS IMPOSTOS À IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969. Buscou, dentre outras coisas, consolidar no seio das instituições democráticas do continente americano um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos essenciais do homem.

A assinatura desse documento se deu como um desdobramento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, considerando que esta apenas

parametrizou os direitos humanos de maneira genérica, cabendo a cada região do globo estabelecer diretrizes regionais de acordo com as necessidades locais.⁹

Cabe ressaltar que a implantação do sistema americano se deu de maneira muito tardia se comparada com a implantação do sistema europeu, que se efetivou em 1950 com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Isso se deve, dentre outras coisas, à grande diferença econômica e sociocultural entre os dois continentes, consubstanciada na rapidez com que uma Europa mais homogênea e desenvolvida conseguiu regulamentar regionalmente os direitos humanos, em contraste com uma América heterogênea, na qual os países do norte possuíam e ainda possuem um grau de desenvolvimento completamente diferente dos países latino-americanos. Isso acabou resultando no fato de apenas os países de matriz latina serem signatários da Convenção Americana.

A Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. Contudo, o Brasil promulgou-a apenas pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, uma vez que o Governo Brasileiro depositou a carta de adesão a convenção somente em 25 de setembro de 1992.

Em relação aos efeitos da Convenção Americana no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, estabelece status constitucional aos tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos, desde que sejam aprovados pelo Congresso Nacional em votação de 2 (dois) turnos por, pelo menos, 3/5 de seus membros. Essa Emenda tentou solucionar o impasse doutrinário quanto à posição desses documentos internacionais na hierarquia normativa brasileira, ou seja, se eles seriam constitucionais ou supralegais, uma vez que o §2º do art. 5º da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Contudo, grande parte deles permaneceu com status supralegal, uma vez que não obtiveram o quórum mínimo de votação para alcançarem o patamar de emenda

⁹ ESSE, Luis Gustavo. *A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua eficácia no direito processual brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689>. Acesso em: 17 abr. 2018.

constitucional, sendo exemplos disso a própria Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Apesar disso, grande parte da doutrina brasileira entende que o Pacto de San José da Costa Rica possui plena eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive prevalecendo sobre a norma constitucional quando for mais benéfica que ela.

Também permaneceu a dúvida se a Emenda Constitucional teria ou não aplicabilidade retroativa. Uma corrente entende que, pelo fato de a Emenda não ter tratado sobre esse ponto, ela se aplicaria somente aos tratados e convenções internacionais celebrados após a sua promulgação e que obtivessem o quórum mínimo de votação. Entretanto, outra corrente entende que, pelo fato de a Emenda fazer parte do texto constitucional, ela se aplica a todos os tratados e convenções internacionais celebrados após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e que obtivessem o quórum, retroagindo, portanto.

O Pacto de San José da Costa Rica representou um grande avanço na consolidação dos direitos humanos nos países latino-americanos, sendo mais uma etapa de um longo processo histórico de evolução social da América Latina. As diretrizes estabelecidas pela Convenção Americana tem gerado reflexos permanentes nos direitos internos desses países. Contudo, ainda é necessário superar diversos obstáculos para que os direitos basilares do homem sejam cada vez respeitados na realidade jurídica e social dessas nações.

Ademais, nunca é demais destacar que o texto da Convenção possui grande mérito por reconhecer que a libertação do homem só se efetiva quando ele possui reais condições para gozar de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Essas garantias passam por uma prestação jurisdicional plena na qual o cidadão, livre de embaraços, consiga acessar a justiça e pleitear aquilo que ele julga ser seu de direito, bem como ver o seu pleito atendido ou negado em tempo hábil. O descumprimento desse preceito pode causar graves danos, uma vez que uma justiça morosa pode ser tão danosa quanto a ausência de justiça.

Assim, constata-se que o processo, longe de ser um simples meio para o trânsito de pedidos, teses e decisões, se configura como um instrumento dinâmico,

capaz de influenciar decisivamente a vida das pessoas e concretizar os mais nobres ideais de liberdade e progresso humanos.

A observância dos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos na seara processual passa, assim, pela existência de um processo objetivo e fluído, que garanta às partes o uso de todos os mecanismos justos de peticionamento e recorribilidade de decisões. Alcança-se assim o ideal disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de um ser humano livre e isento do temor e da miséria.

Em relação ao conteúdo judicial do Pacto de San José da Costa Rica, cumpre-se destacar os arts. 8 e 25 que tratam, respectivamente, das garantias judiciais e da proteção judicial.¹⁰

O art. 8 garante o direito de acesso ao Poder Judiciário na medida em que reconhece o direito pessoal de todo cidadão ser ouvido por um juízo competente, seja na apuração de uma acusação penal, seja na determinação de direitos ou obrigações de qualquer natureza, como por exemplo os de natureza civil, trabalhista e fiscal. Tal artigo também reafirma a necessidade da duração razoável do processo e da imparcialidade e independência do juiz.

Já o art. 25 trata de maneira detalhada sobre a recorribilidade das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Ao estabelecer que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições, pelas leis nacionais e pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção ora estudada reconhece a importância crucial do duplo grau de jurisdição na prevenção de eventuais arbitrariedades que possam ser cometidas por autoridades.

O art. 25 do Pacto de San José, além de buscar facilitar a interposição de recursos de qualquer natureza, ainda exige que os Estados signatários se comprometam a desenvolver as possibilidades do recurso judicial. Isso quer dizer que deve existir uma constante discussão acadêmica e legislativa para aprimorar o

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

sistema recursal no direito interno de cada país, de modo a garantir que as decisões judiciais possam ser revistas de maneira adequada, sendo, quando necessário, reformadas.

Infere-se a partir daí que a interpretação restritiva dos dispositivos recursais constantes na legislação processual deve ser evitada, uma vez que pode gerar o cerceamento do potencial defensivo do sujeito processual que deseje recorrer de um posicionamento judicial que julgue ser ilegal ou mesmo injusto. O abarrotamento processual do Poder Judiciário não pode servir de justificativa para restringir onde a lei não restringiu.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto legislativo do Código de Processo Civil de 2015 buscou, sem dúvida, alinhar o processo civil brasileiro a um panorama internacional de respeito aos direitos fundamentais, sendo o Brasil signatário de diversos documentos internacionais relacionados ao tema. Nesse sentido, o Estado brasileiro possui o dever de garantir o pleno acesso de seus cidadãos ao Poder Judiciário, bem como a razoável duração do processo, sem os quais não é possível uma real prestação jurisdicional, com a efetivação de direitos e garantia de liberdades.

Um processo moderno, ágil e célere é requisito fundamental para a concretização dos ideais de justiça. As tentativas para tornar o processo brasileiro mais vivo e eficiente devem ser aplaudidas e estimuladas. O excesso de recursos processuais pode ser um fator determinante para a morosidade da Justiça. Mas certamente não é o único. A luta para deixar o processo mais eficaz não pode culminar na limitação de direitos e restrição de acesso ao Poder Judiciário, uma vez que cabe a ele analisar os pleitos que lhe são direcionados. A busca pela celeridade processual não deve se chocar com o duplo grau de jurisdição, cabendo a parte insatisfeita com a decisão judicial ter plenas condições para recorrer, sem nenhum tipo de prejuízo decorrente de má redação legislativa ou má interpretação do texto legal.

Desse modo, a busca pela simplificação recursal, presente no Código de Processo Civil de 2015, deve ser valorizada, sem se olvidar que eventuais

imperfeições sistêmicas sempre poderão ser debatidas e eventualmente corrigidas de maneira gradual.

REFERÊNCIAS

ESSE, Luis Gustavo. *A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua eficácia no direito processual brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11689>. Acesso em: 17 abr. 2018.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI224568,31047-Idas+e+vindas+do+recurso+de+agravo+na+historia+como+ficou+no+Codigo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RECORRIBILIDADE IMEDIATA E DIFERIDA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO

*BRIEF CONSIDERATIONS ON THE IMMEDIATE AND
DEFERRED RECURRENCE OF INTERCONNECTIVE
DECISIONS SERVED IN THE KNOWLEDGE PHASE*

Rodrigo Ascenso Reis Ribeiro ¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve estudo sobre os meios de impugnação de decisões interlocutórias, com ênfase na utilização de recurso em preliminar de apelação e de contrarrazões e o conseqüente reposicionamento do princípio da singularidade recursal. A metodologia adotada para este trabalho está centrada na pesquisa e coleta de informações, viabilizadas por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Decisões interlocutórias. Recorribilidade de decisões interlocutórias. Singularidade Recursal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to conduct a brief study on the means of challenging interlocutory decisions, with emphasis on the use of preliminary appeals and counter - arguments and the consequent repositioning of the principle of recursional singularity. The methodology adopted for this work is centered on the research and information collection, made possible through a bibliographic survey.

Keywords: Interlocutory decisions. Means of challenging interlocutory decisions. Recursional singularity.

1 DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E OS SEUS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

As decisões interlocutórias são espécie do gênero “pronunciamentos do juiz”, que englobam também as sentenças e os despachos. São conceituadas pelo Código

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

de Processo Civil como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito que sentença. Portanto, a conceituação do CPC em relação à decisão interlocutória possui caráter residual.

Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, as decisões interlocutórias são pronunciamentos de cunho decisório que não põem fim ao processo ou a fase cognitiva do processo de conhecimento.²

Sentença, por sua vez, é o pronunciamento do juiz que, com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC, põe fim a fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução.

Código de Processo Civil de 1973 conceituava a interlocutória como sendo toda decisão que resolve questão incidente no curso do processo. Na sistemática processual antiga, toda decisão interlocutória podia ser impugnada imediatamente, por meio do agravo retido, do agravo de instrumento ou qualquer outra das espécies de recurso com previsão legal.³

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, buscou restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que só é possível a recorribilidade imediata e direta desse tipo de decisão em situações específicas previstas em lei, ao passo que as demais situações não abarcadas expressamente pela legislação possuem recorribilidade mediata e indireta, por intermédio de recurso interno em peça processual diversa.

O conteúdo da decisão interlocutória abrangerá questões incidentais, mas também poderá abranger questões de mérito. Nesse último caso, ela poderá ter ou não como conteúdo decisório as disposições previstas para a sentença nos arts. 485 a 487 do CPC. Contudo, nunca colocará fim à fase de conhecimento do procedimento comum ou extinguirá a execução, se diferenciando da sentença nesse aspecto.

² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 920.

³ LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 234-235, nov. 2015.

Existem dois modelos de recorribilidade de decisões interlocutórias: a) antes da sentença, por agravo de instrumento, em hipóteses específicas taxativamente expressas em lei, quando se tratarem de decisões que exijam reexame imediato, sob pena de prejuízo ao litigante, ao processo ou ao provimento jurisdicional; e b) depois da sentença, em hipóteses residuais, não recorríveis pelo recurso autônomo de agravo de instrumento, por intermédio de razões de apelação para o vencido/sucumbente ou de contrarrazões de apelação para o vencedor/sucumbido, sendo o momento de interposição do recurso diferido.⁴

2 IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS AGRAVÁVEIS

O Código de Processo Civil de 1973 previa que toda decisão interlocutória era recorrível por meio de agravo, em suas modalidades “agravo retido” e “agravo de instrumento”, cabendo à parte escolher uma delas. Contudo, a partir da Lei nº 11.187/2005, o agravo retido passou a ser a regra geral, só sendo cabível agravo de instrumento quando houvesse risco de lesão grave ou de difícil reparação, quando se tratasse de decisão que inadmitisse a apelação, quando relativa aos efeitos de recebimento da apelação ou nos casos de incompatibilidade de agravo retido ao caso.⁵

O agravo retido, por sua vez, não dependia de preparo e impedia a preclusão, sendo julgado pelo tribunal no caso de não ocorrer retratação imediata do juízo de primeiro grau, sendo necessária a reiteração do agravante para que o tribunal conhecesse o recuso no momento do julgamento da apelação.

Contudo, o atual Código de Processo Civil extinguiu o agravo retido. O agravo de instrumento agora é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias que versarem sobre as matérias enumeradas no art. 1015, I a XIII e parágrafo único do CPC. São elas: tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de

⁴ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano 42, p. 196, jan. 2017.

⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 164.

convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; e outros casos expressamente previstos em lei.

Ademais, todas as decisões interlocutórias proferidas nas fases processuais de liquidação, de cumprimento de sentença, de execução de título extrajudicial e em processo de inventário estão sujeitas a agravo de instrumento.⁶

Código de Processo Civil:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O agravo de instrumento é interposto diretamente junto ao órgão ad quem, no prazo de 15 dias, devendo ser apreciado imediatamente.

O recurso deverá ser instruído com cópias de peças dos autos, de modo a permitir uma análise recursal completa pelo tribunal. Esse conjunto de peças é chamado de instrumento, e sua necessidade decorre do fato do processo original ainda estar em curso no órgão a quo.

São peças obrigatórias do instrumento: cópia da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações dos advogados do agravante e do agravado. Caso inexistam alguma dessas peças, o agravo deverá ser acompanhado por declaração de inexistência feita pelo advogado do agravante.

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 164.

Ademais, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada poderá ser relevada se for possível aferir, de modo inequívoco, a tempestividade do agravo por outro meio constante nos autos.⁷

De modo a permitir o juízo de retratação, o agravante deverá, no prazo de 3 (três) dias e apenas nos processos físicos, informar o juízo a quo sobre a interposição do recurso, juntando cópia da petição de agravo, a comprovação de interposição e a relação dos documentos apresentados.

3 IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS

As decisões interlocutórias que não versarem sobre as matérias enumeradas no art. 1015, I a XIII e parágrafo único do CPC não estão sujeitas ao recurso do agravo de instrumento. No entanto, também não estão sujeitas a preclusão, motivo pelo qual poderão ser impugnadas na preliminar de apelação, no caso de vencido, ou nas contrarrazões, no caso do vencedor.

Código de Processo Civil:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

No entanto, a decisão interlocutória não agravável será atingida pela preclusão caso o interessado não recorra no momento processual adequado. Assim, se o vencido na sentença não recorrer de decisão interlocutória que lhe tenha sido desfavorável no recurso de apelação, ocorrerá a preclusão, bem como no caso do vencedor na sentença não recorrer da decisão interlocutória desfavorável nas contrarrazões de apelação.

⁷ REsp 676.343/MT, Quarta Turma, DJe 08/11/2010; e AgRg no AgRg no REsp 1.187.970/SC, Terceira Turma, DJe 16/08/2010 (REsp 1.409.357/SC; Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 14/05/2014).

Ademais, na nova sistemática processual, observa-se uma situação curiosa: é possível a interposição de agravo contra decisão que julga mérito do processo, bem como a interposição de apelação em face de decisão interlocutória.⁸

A impugnação de decisão interlocutória por preliminar de apelação e por contrarrazões se mostra, para muitos autores, como sendo um recurso autônomo, apesar de estar inserida em peça processual diversa. Enquanto no Código de Processo Civil de 1973 a preliminar de razões ou as contrarrazões de apelação eram utilizadas, dentre outros motivos, para ratificar o agravo retido interposto anteriormente, na nova sistemática processual surgida do Código de Processo Civil de 2015 é utilizada como verdadeiro meio de interposição recursal para impugnar decisão interlocutória.

3.1 Impugnação pelo vencido por intermédio da utilização de recurso em preliminar de apelação

O recurso de apelação poderá ser utilizado pelo vencido para impugnar não somente uma sentença que não tenha lhe sido favorável, mas também as decisões interlocutórias não agraváveis que lhe tenham sido desfavoráveis.

Uma apelação poderá impugnar diversas decisões, podendo conter, portanto, diversas pretensões recursais. Inclusive, o número de pretensões recursais poderá ser superior ao número de decisões impugnadas, uma vez que cada decisão poderá conter diversos capítulos.⁹

De todo modo, essa cumulação de pedidos na apelação, referentes à sentença e à decisão interlocutória, é considerada imprópria, pois se o pedido contra a decisão interlocutória for acolhido, a apelação se tornará incipiente em relação à sentença e a outros atos processuais precedentes, haja vista que serão desfeitos.

⁸ LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 234-235, nov. 2015.

⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 166.

A impugnação de decisão interlocutória não agravável possui natureza de recurso. Apesar de ser feita na preliminar da apelação, integrará o seu mérito, mas será julgada preliminarmente em relação a ela. Nesse sentido, a palavra “preliminar” não indica um requisito de admissibilidade, mas faz referência à ordem cronológica, uma vez que a decisão interlocutória impugnada foi proferida antes da sentença.

Entre o recurso de impugnação de decisão interlocutória e o recurso de apelação existe uma relação de prejudicialidade. Ao combater decisão interlocutória, o vencido poderá ver o seu pedido recursal formulado contra a sentença se tornar inócuo. Por estarem entrelaçados dessa forma, não ocorre uma relação de subordinação do recurso contra a decisão interlocutória em relação ao recuso de apelação. Isso não quer dizer que a impugnação da interlocutória possua autonomia recursal em relação à apelação, uma vez que o primeiro recurso só poderá ser instrumentalizado pelo segundo.

No estudo da recorribilidade das decisões interlocutórias, é possível observar que a sua impugnação gera efeitos diretos sobre a sentença, sendo que a revisão de uma interlocutória repercutirá, também, na decisão meritória final de um processo em sua fase de conhecimento.

Se a parte vencida utilizar a apelação para recorrer apenas da decisão interlocutória não agravável, a sentença, mesmo que irrecorrida, ficará sob condição suspensiva: se a apelação não for conhecida ou for desprovida, a sentença continuará inalterada. Contudo, se a apelação for provida, a sentença será resolvida. De todo modo, a sentença não poderá transitar em julgado enquanto não for dada solução ao recurso contra a decisão interlocutória.¹⁰

Caso o vencido utilize a apelação para recorrer apenas da sentença, ocorrerá a preclusão da decisão interlocutória não agravável, seja qual for o seu conteúdo.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 167.

3.2 Impugnação pelo vencedor por intermédio da utilização de recurso em contrarrazões

A parte vencedora também poderá impugnar uma decisão interlocutória não agravável que lhe tenha sido desfavorável. Isso poderá ser feito nas contrarrazões.

Nesse sentido, apesar das contrarrazões não possuírem natureza recursal, a impugnação das decisões interlocutórias em sede de contrarrazões de apelação é, sim, uma espécie de recurso.

Assim, as contrarrazões são instrumento de dois atos jurídicos processuais: a) a resposta à apelação da parte adversária; e b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento.¹¹

Desse modo, observa-se uma semelhança entre a as contrarrazões e a contestação, haja vista que ambos, apesar de serem instrumentos de defesa, podem instrumentalizar um recurso em seu conteúdo interno: enquanto as contrarrazões podem veicular um recurso do vencedor em relação a uma decisão interlocutória não agravável, a contestação pode veicular a reconvenção do réu.¹²

A impugnação de decisão interlocutória não agravável pelo vencedor nas contrarrazões, ou “apelação do vencedor”, pode ser considerada uma apelação cruzada, pois enquanto a apelação do vencido impugna a sentença, a apelação do vencedor impugna uma decisão interlocutória¹³

Trata-se a apelação do vencedor de um recurso subordinado, pois o seu acolhimento dependerá do destino da apelação do vencido. Se o vencido desistir da apelação, ou a sua apelação não for admitida, a apelação do vencedor não será conhecida, haja vista a ausência de interesse recursal por não ter sido sucumbente na sentença proferida. O interesse recursal do vencedor para impugnar uma decisão interlocutória não agravável dependerá do conhecimento da apelação do vencido.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 169.

¹² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 169.

¹³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3. p. 173.

A apelação do vencedor se assemelha ao recurso adesivo, uma vez que ambos são espécie do gênero “recurso subordinado”. Entretanto, se diferenciam nos seguintes pontos: a) o recurso adesivo não é cabível apenas na apelação, mas também no recurso extraordinário e no recurso especial; b) o recurso adesivo pressupõe sucumbência recíproca, entretanto, na apelação do vencedor ocorre a sucumbência unilateral, no caso, apenas do vencido; c) o recurso adesivo é circunstancialmente subordinado, podendo o recorrente ter recorrido de modo independente, uma vez que foi parcialmente derrotado, todavia, a apelação do vencedor é um recurso essencialmente subordinado, uma vez que o recorrente não poderia ter recorrido de outro modo, haja vista não ter sido sucumbente e não possuir interesse recursal até o conhecimento da apelação do vencido.

O interesse do vencedor em recorrer de decisão interlocutória não agravável que lhe tenha sido desfavorável surge apenas com a apelação do vencido, pois a partir daí é que surge a possibilidade de revisão da sentença. Essa possibilidade abre o caminho para que o então vencedor busque reverter a decisão interlocutória, o que fica condicionado ao provimento do recurso do vencido. Por isso se diz que a impugnação pelo vencedor de decisão interlocutória não agravável se trata de um recurso condicionado.¹⁴

O interesse recursal do vencido para impugnar decisão interlocutória não agravável surge a partir da dupla sucumbência em relação à decisão interlocutória e a sentença. Já o interesse recursal do vencedor surge a partir da sucumbência da interlocutória somada ao risco de sucumbência em relação à sentença, que se configura pela interposição de recurso de apelação pelo vencido.

A parte vencedora, diante da possibilidade de alteração da sentença que lhe foi favorável e o iminente risco sucumbencial, está autorizada a recorrer da decisão interlocutória que, até então, era irrecorrível devido à ausência de interesse recursal. Com isso, busca manter a sua condição de vencedor mediante a apreciação oportuna de todas as questões que lhe foram favoráveis no curso do processo.

¹⁴ LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 239, nov. 2015.

Contudo, para que o recurso do vencedor seja conhecido, é necessário que esse risco sucumbencial se efetive, ou seja, que a apelação do vencido seja provida e o vencedor seja efetivamente derrotado na sentença que, antes, lhe havia sido favorável.

O julgamento da apelação do vencedor se iniciará pelo exame da apelação do vencido, que poderá pedir a reforma ou invalidação da sentença. Como já foi explicado, se a apelação do vencido não for conhecida ou for desprovida, a apelação do vencedor não precisará ser examinada. Contudo, se a apelação do vencido for provida, as consequências posteriores dependerão se esse provimento ocorreu no sentido de reformar ou invalidar a sentença.

Se o tribunal reformou a sentença original ao prover a apelação do vencido, mas depois decidiu prover a apelação do vencedor, a decisão interlocutória impugnada por este será invalidada ou reformada, o processo retrocederá ao instante em que ela foi proferida e, por conseguinte, a sentença original não será substituída. Contudo, se for possível corrigir os defeitos da decisão interlocutória sem invalidá-la, o tribunal poderá assim fazer, situação na qual não proverá a apelação do vencedor e não acontecerá o retrocesso processual.

Agora, se o tribunal invalidou a sentença original ao prover a apelação do vencido, mas depois decidiu prover a apelação do vencedor, a decisão interlocutória impugnada por este será reformada ou invalidada. Se reformada, o processo retrocederá ao instante em que ela foi proferida e, por conseguinte, a sentença original não será substituída. Se invalidada, o processo retroagirá ao momento em que a decisão interlocutória foi proferida, entretanto, as decisões sobre a apelação do vencedor e do vencido coexistirão, com prevalência da primeira, haja vista ter sido proferida em momento processual anterior.

4 REPOSICIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE RECURSAL NA IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

O princípio da singularidade ou da unirão recorribilidade recursal está entre os princípios fundamentais do direito recursal. Segundo ele, para cada ato judicial, cabe um único tipo de recurso adequado.

Esse princípio, no entanto, não é absoluto, pois haverá situações em que será possível interpor diferentes recursos contra a mesma decisão judicial, ou por meio de um recurso único questionar mais de um pronunciamento judicial.

Dentre as exceções possíveis para a singularidade recursal se encontram as decisões interlocutórias, que não possuem uma única maneira de serem impugnadas, sendo recorríveis por agravo de instrumento nas hipóteses contidas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, e por razões ou contrarrazões de apelação, nas demais hipóteses.

O reposicionamento do princípio da singularidade recursal, dessa forma, se mostra consolidado na sistemática processual brasileira, encontrando na figura da recorribilidade interlocutória um exemplo bastante significativo, não somente pela diversidade de recursos possíveis para o mesmo tipo de decisão judicial, mas também pela duplicidade recursal contida em um mesmo recurso, observada na apelação do vencido, que contém recurso contra a sentença e a decisão interlocutória.

5 IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS POR MANDADO DE SEGURANÇA

A utilização do mandado de segurança como forma de impugnar decisão interlocutória é considerada uma solução processual alternativa a ser usada somente quando houver risco de dano ou lesão irreparável ou de difícil reparação. O seu fundamento se encontra na Constituição Federal, que prevê no inciso XXXV do art. 5º que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Contudo, a Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei nº 12.016, de

07 de agosto de 2009) afasta o seu cabimento quando se tratar de decisão judicial da qual seja cabível recuso com efeito suspensivo.

Entretanto, é possível observar alguns sinais de incompatibilidade do mandado de segurança com o sistema recursal vigente no Brasil, dentre os quais cumpre destacar os seguintes: a) o longo prazo para a interposição de mandado de segurança (120 dias) não se harmoniza com o sistema de recorribilidade imediata; b) em face da denegação do mandado de segurança interposto contra ato judicial é cabível recurso ordinário, o que consolida um sistema recursal próprio e independente ao sistema recursal da demanda; c) a competência para julgamento do mandado de segurança nos tribunais é aquela definida em seus regimentos internos, que costuma ser diferente da competência recursal. Isso gera um sistema ineficiente e com problemas de economicidade, haja vista a existência de uma série de exigências processuais que podem tornar ainda mais difícil o alcance de uma prestação jurisdicional adequada.¹⁵

Ressalte-se, todavia, que a adoção do mandado de segurança como meio de impugnação de decisões interlocutórias é residual, quando não for possível encontrar na sistemática recursal outra solução para evitar o dano irreparável ou de difícil reparação.¹⁶

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano 42, p. 193-203, jan. 2017.

¹⁵ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano 42, p. 195-196, jan. 2017.

¹⁶ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, ano 42, p. 194, jan. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil: segundas impressões sobre a apelação autônoma do vencedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 233-248, nov. 2015.

REPERCUSSÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO ASSENTADO DO STF NO HABEAS CORPUS 127.900/AM

REPERCUSSION OF THE INTERROGATORY TO THE END OF THE INSTRUCTION UNDER THE STF UNDERSTANDING IN THE HABEAS CORPUS 127,900 / AM

Pablo Soares Nascimento ¹

RESUMO

Este artigo trata da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento sobre a exigência de realização do interrogatório, não mais na fase inicial, porém no momento findo da instrução criminal, assim segundo o novel entendimento do STF, no julgamento HC 127.900-AM, pelo Plenário da Corte, que em conforme o art. 400 do CPP, será aplicável no âmbito da justiça castrense. O Plenário denegou a ordem em “habeas corpus” no qual pleiteava a incompetência da justiça militar para processar e julgar os pacientes. Por outro lado, a Defensoria Pública da União sustentava que os réus não mais condiziam com a condição de militares, logo, estariam sujeitos à justiça penal comum. Ainda alegava causa de nulidade no interrogatório realizado, pois não aplicado o art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.719/2008, porém o art. 302 do Código de Processo Militar. Quanto à questão da competência, o Plenário assentou que se trataria, quando ao fato temporal, de militares da ativa. Assim consoante o art. 124 da Constituição Federal de 1988 e com o art. 9º, I, “b”, do CPM, coerente à competência da justiça militar. Por outro lado, o Tribunal entendeu ser mais condizente com o contraditório e a ampla defesa a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao processo castrense. A metodologia adotada consistiu em pesquisa bibliográfica e documental, com abordagens tanto no campo do conhecimento teórico e a análise da discussão jurídica e doutrinária do julgado HC 127.900-AM do Pleno do STF.

Palavras-chave: HC 127.900-AM. Interrogatório no final da instrução. Supremo Tribunal Federal.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP em 2014. Filiação Científica: Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD. Titulação: Pós-Graduando Lato Sensu em Direito – Prática Processual nos Tribunais. Cargo efetivo em Técnico em Saúde – Especialidade: Técnico Administrativo da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Endereço: CLSW 102, bloco B, apartamento 117, Edifício Phoenix, Setor Sudoeste, CEP: 70670-512, Brasília, Distrito Federal - Brasil. E-mail: pablosoaresnascimento@hotmail.com. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Direito – Prática Processual nos Tribunais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the votes of the ministers of the Federal Supreme Court, in the judgment on the requirement of conducting the interrogation, no longer in the initial phase, but at the end of the criminal investigation, according to the novelty of the STF judgment in HC 127.900-AM, by the Plenary of the Court, which according to art. 400 of the CPP, will be applicable within the military justice system. The Plenary denied the order in "habeas corpus" in which pleaded the incompetence of the military justice to process and to judge the patients. On the other hand, the Office of the Public Defender of the Union maintained that the defendants were no longer compatible with the condition of the military, and therefore would be subject to common criminal justice. He still alleged a cause of nullity in the interview conducted, since the art. 400 of the Code of Criminal Procedure, in the wording given by Law 11.719/2008, however, art. 302 of the Code of Military Procedure. As for the question of competence, the Plenary stated that it would be, when the temporal fact, the active military. Thus according to art. 124 of the Federal Constitution of 1988 and with art. 9th, I, "b", of the CPM, consistent with the competence of military justice. On the other hand, the Court considered that the applicability of the new wording of art. 400 of the CPP to the military process. The methodology adopted consisted of bibliographical and documentary research, with approaches both in the field of theoretical knowledge and the analysis of the legal and doctrinal discussion of the case of Supreme Court 127.900AM of the STF.

Keywords: HC 127.900-AM. Interrogation at the end of the instruction. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O cerne da questão deste artigo está centrado em analisar o momento da realização do interrogatório do réu no processo penal, tendo como foco a manifestação do Supremo Tribunal Federal no HC 127.900-AM. Sob esse enfoque, tem-se à análise dessa decisão atinente à matéria do Código de Processo Penal Militar.

Ao discorrer sobre o HC 127.900-AM, o Plenário da Corte entendeu, em novel perspectiva, fixar a tese de que o interrogatório deve ser o último ato de instrução nos processos submetidos à justiça castrense, ou seja, a exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável no âmbito de processo penal militar. A tendência que essa será a

regra, em processo de unificação de procedimentos, mesmo nos casos abrangentes às demais leis extravagantes².

1.1 Discurso do Ministro Relator Dias Toffoli

Durante a sessão, o Ministro relator Dias Toffoli esclareceu que o julgamento foi afetado ao Plenário devido às divergências da Corte, sendo que havia na Primeira Turma decisões procedimentais que o interrogatório deveria ser o último ato de instrução no âmbito da Justiça Militar, ao tempo que a Segunda Turma orientava a disposição do CPPM que ainda prevê o interrogatório como ato inaugural da instrução.

Por outro lado, com a alteração do CPP e por trazer uma norma mais benéfica para a defesa do acusado, a Defensoria passou a aduzir que a ordem procedimental do art. 400 do CPP, trazida pela alteração legislativa da Lei 11.719/2008 deveria ser aplicada ao caso, em apreço ao art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88. Esclareceu que o interrogatório é exercício da autodefesa³, sendo imprescindível maior fundamentação ao ter ciência dos interrogatórios das testemunhas.

A Defensoria Pública da União também citou o entendimento do STF, através da decisão do ministro Ricardo Lewandowski, na AP 528, em julgamento de 24 de março de 2011 que se dê ao ato de interrogatório, um ato eminente de defesa daquele que sofre a imputação penal, no exercício de uma prerrogativa indisponível, que é o da autodefesa e que compõe o conceito mais amplo e constitucional do direito de defesa⁴.

² O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018. O debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link: <<https://www.youtube.com/watch?v=4w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³ Aury Lopes Junior, tratando da mudança legislativa do CPP (lei nº 11.719/08), discorre: “É importante destacar que o interrogatório finalmente foi colocado em seu devido lugar: **último ato da instrução**. É neste momento em que o **réu poderá exercer sua autodefesa** positiva ou negativa (direito de silêncio), sendo obrigatória a presença do defensor.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221.

⁴ O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018. O debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link:

Outro aspecto levantado na perspectiva da sustentação oral é que deve-se aplicar o critério da especialidade, que estabelece que uma lei geral, ainda que posterior, não revoga uma lei especial. Ao fim, quanto à falta de nulidade por ausência de prejuízo, sustentou o orador que o prejuízo à defesa é evidente quando houver a oitiva do réu antes da prova testemunhal, sendo prejudicada a duração célere do processo penal de nova oitiva do réu em razão de questões trazidas pela vítima, pelas testemunhas, pelos peritos, dentre outros, após o interrogatório e que inevitável a superação dessa divergência no STF⁵.

Nesse passo, o Ministro Dias Toffoli concedeu em parte a ordem para anular a condenação e refazer a instrução com a oitiva dos pacientes ao início, porém modificou ao concluir seu voto para denegar a ordem, mas não prejudicando os interrogatórios já realizados.

Dias Toffoli mencionou a título de exemplo que a Justiça Eleitoral adota a orientação de prevalência do art. 400 CPP, mesmo para os interrogatórios já realizados, para evitar alegações de futuras nulidades. Sobre o rito na Justiça Militar, evitou fazer juízo de constitucionalidade sobre o art. 302 do Código de Processo Penal Militar⁶ e adotou fundamentação no sentido de prevalência da lei posterior mais benéfica que se aplica retroativamente.

Logo após, o Ministro Luiz Edson Fachin⁷ votou no sentido de acompanhar o relator, e trouxe à colação dois aspectos a serem considerados. O primeiro foi a inserção na fundamentação a não recepção, pelos princípios constitucionais do

<<https://www.youtube.com/watch?v=4w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁵ O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018. O debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link: <<https://www.youtube.com/watch?v=4w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁶ Art. 302. “O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”. BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/Del1002.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

⁷ O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018. O debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link: <<https://www.youtube.com/watch?v=4w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

contraditório e da ampla defesa, do artigo 302, em causa, do Código Processual Penal Militar, em nome da preservação da segurança jurídica. Já Luís Roberto Barroso traçou considerações de preocupação com o risco que uma decisão possa ter sobre todos os processos que seguem rito especial, não apenas do Código de Processo Penal Militar, como também o da Lei de Drogas, que por consequência, deflagração de revisão ampla que permitisse tanto revisões criminais como ações que visem a anular decisões já proferidas, devido incidência imediata da decisão.

Nessa ótica, Barroso aduz ser uma inovação positiva, porém o mais adequado seria que a Corte fizesse um apelo ao legislador para que em momento próximo modificasse as leis especiais, levando em conta o princípio da especialidade. Além disso, argumentou que o interrogatório realizado no início da instrução não é inconstitucional. Para ele, reconhecer a inconstitucionalidade traria problemas práticos e impactaria enormemente os processos em curso.

Contudo, diante do encaminhamento dos outros votos no sentido de prevalência do art. 400, CPP, o Ministro acabou concordando com o voto do relator e com a adoção de efeitos prospectivos à decisão, o que minimizaria o referido impacto que poderia advir do novel entendimento jurisprudencial. O Ministro afirmou ainda que não desejava se opor à Corte quanto à possibilidade de modificação interpretativa pela via judicial, embora entendesse ser mais apropriada a atuação do Poder Legislativo no caso.

1.2 Discurso do Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki⁸ ficou com o entendimento do Ministro Barroso, aduzindo que seja mais adequado com os postulados da ampla defesa que o interrogatório seja feito ao final, como é no procedimento comum penal agora, a partir da modificação do artigo 400. Discorreu sobre a afirmação que, agora, o artigo 302 do Código de Processo Penal Militar ou está revogado por incompatível com o

⁸ O resumo do julgado foi divulgado no Informativo n. 816 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018. O debate entre os Ministros pode ser acessado em vídeo pelo link <<https://www.youtube.com/watch?v=4w11Kh7YAs&feature=youtu.be&t=2h17m28s>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Código Penal, ou com a Constituição, não sendo outro fim senão sua extinção no mundo jurídico.

Posteriormente, diante do voto dos demais Ministros, Teori Zavascky externou o entendimento de que o mais coerente seria que a Corte adotasse a nova conclusão não só para os processos submetidos ao CPPM, mas a todos os ritos especiais, o que indica a tendência de unificação de entendimentos na Corte Suprema.

1.3 Discurso do Ministro Ricardo Lewandowski

Dada a palavra a Ricardo Lewandowski, o Ministro, assim como a defesa oral da DPU, suscitou o julgamento de sua relatoria na AP 528 e reafirmou que numa perspectiva da ampla defesa, o art. 400 do CPP deve se aplicar a todas as esferas do direito processual penal. Em sua manifestação, mais uma vez o Ministro perdeu a oportunidade de dialogar com as decisões passadas da Corte em sentido contrário, deixando de mencionar, por exemplo, o já abordado HC 116.713-MG.

1.4 Discurso do Ministro Gilmar Mendes

Já o Ministro Gilmar Mendes frisou que a mudança de entendimento por opção normativa (referindo-se à nova redação do art. 400 CPP) não significa que tudo o que foi produzido anteriormente deva ser reputado nulo. Sugeriu então a adoção de efeitos prospectivos, com a fixação de um marco inicial para a incidência do novo entendimento da Corte, com o objetivo de evitar que o julgamento culmine em uma situação de instabilidade jurídica. Acrescentou que não é incomum a adoção de efeitos prospectivos pela Corte, mesmo em processos de índole subjetiva.

1.5 Discurso do Ministro Marco Aurélio

Com fundamentação em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio sustentou que as alterações ao CPP foram silentes em relação às leis especiais e que não houve revogação tácita da legislação especial. Afirmou que as disposições do CPP só são aplicáveis às leis especiais em caso de lacuna, e que não existe lacuna no CPPM no

que diz respeito ao momento de realização do interrogatório do réu. Aduziu que o STF deve seguir o princípio da autocontenção e não pode se substituir ao legislador.

1.6 Discurso do Ministro Celso de Mello

Por fim, o decano Celso de Mello sublinhou que não entende como problemática a realização do interrogatório judicial na fase procedimental indicada no art. 302, CPPM. Todavia, ponderando que o reexame da questão foi afetado ao Plenário e objetivando a superação da divergência existente na Corte, votou pela aplicação do art. 400 CPP à justiça castrense. Citando o entendimento doutrinário esposado por Ada Pellegrini Grinover, Nucci, Damásio, Citra Júnior, Alberto Silva Franco, Rui Stoco, dentre outros, o Ministro ressaltou que o interrogatório é o principal meio de defesa do réu e não mais um meio de prova.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o entendimento do relator. Por sua vez, estavam ausentes os Ministros Luiz Fux e Carmen Lúcia. O julgamento foi então encerrado com a seguinte conclusão: as instruções ainda não encerradas e submetidas ao CPPM devem ser regidas pelo disposto no art. 400 CPP. Em decisão por unanimidade, os ministros denegaram a ordem e, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, modularam os efeitos da decisão.

Trata-se de decisão histórica que influenciará diretamente os processos submetidos à Lei de Tóxicos. Vale ressaltar que a menção à Lei n. 11.343/06 foi, por enquanto, apenas um *signaling* em *obter dictum*, ou seja, uma sinalização de como a Corte Maior pretende se portar em futuros julgamentos. Ainda assim, pode-se dizer sem receio que há, após longo tempo de celeuma na jurisprudência da Corte Maior, uma tendência real de unificação de entendimentos.

Até então, a adoção de entendimentos distintos para situações idênticas era passível de crítica por várias razões, a começar pela falta de uma argumentação robusta nas decisões que privilegiavam o princípio da especialidade sem enfrentar os argumentos centrais da tese contrária. Tal postura do STF permitia inclusive que se indagasse o que poderia estar por trás da conclusão. Seria simplesmente o objetivo de evitar a nulidade de processos em curso que não observaram a sistemática do art. 400 do CPP?

Antes de chegarem à modulação de efeitos como possibilidade de solução para fugir de nulidades, devem ter pensado hipocritamente os Ministros que a afirmação da prevalência do art. 400 do CPP levaria ao perigoso cenário de soltura de réus perversos, como os acusados de envolvimento com o tráfico de drogas. Mais cômodo, assim, sempre foi insistir na especialidade sem sequer refutar os argumentos que militavam em favor da prevalência do CPP. Engraçado que a conclusão era diametralmente oposta nos casos em que os acusados eram deputados e senadores, típicos réus submetidos à Lei n. 8.038/90.

Ao analisar comparativamente o conteúdo da AP 528 e do RHC 11.713-MG, o que se detectava era uma grave incoerência que marcou as decisões do Supremo Tribunal Federal por mais de meia década, restando visível que a Corte simplesmente se esquivava de confrontar os precedentes contrastantes sobre a mesma temática.

Mesmo com a decisão no citado HC 127.900-AM, que sinalizou para a enfim unificação de entendimentos, o STF acabou adotando solução intermediária ao prescrever efeitos para o futuro à decisão, o que é passível de crítica por permitir a manutenção incólume de processos eivados de nulidade.

Resumindo a questão, pode-se dizer que consideráveis anos se passaram desde a alteração do art. 400 do CPP pela Lei n. 11.719/08 e que o momento do interrogatório do réu no processo penal em caso de regência por leis especiais continuava a suscitar controvérsias.

Não obstante o tradicional entendimento do STF sobre a inaplicabilidade do art. 400 do CPP ao rito previsto na Lei de Drogas, os argumentos veiculados pelos Ministros da mais alta Corte jamais convenceram a comunidade jurídica.

Em verdade, o entendimento clássico até então esposado pelo STF servia para a constatação de um paradoxo: a Corte responsável pela uniformização da interpretação constitucional apenas contribuía para a balbúrdia hermenêutica ao afirmar ora a superioridade do critério cronológico para atrair o art. 400 do CPP (AP 528) ora a superioridade do critério da especialidade para afastá-lo (RHC 116.713-MG, dentre outros precedentes).

Um esclarecimento merece ser feito: não se está aqui a defender a existência de hierarquia em abstrato entre os critérios utilizados para a solução de antinomias. O que se questiona é se o mesmo problema pode ter diferentes soluções ao sabor do julgador.

À primeira vista, a postura contraditória que marcou o Supremo Tribunal Federal por anos poderia ser compreendida se a problemática fosse enfrentada sob o enfoque positivista. É que, como será visto em detalhes no próximo capítulo, o positivismo convive com a pluralidade de soluções no âmbito da ausência de solução expressa determinada nas leis positivas. Hipoteticamente, se houvesse disposição legal que afirmasse que o princípio da especialidade preponderaria sempre sobre o cronológico, a questão estaria resolvida.

Todavia, no silêncio da lei, qualquer resposta fundamentada pode ser em tese admitida, o que dificulta sobremaneira o encontro da solução adequada.

Entretanto, apesar de os procedimentos da Lei n. 8.038/90 e da Lei n. 11.343/06 terem âmbito de aplicação diversa, em razão dos crimes que correspondem a cada um desses ritos, insiste-se que o problema é um só porque não se vislumbram diferenças substanciais entre eles a ponto de justificar uma diferença de tratamento. Aliás, como se discutirá em capítulo próprio, a única nota distintiva aparente aos olhos é a diferença entre os réus que figuram como “clientes” de cada uma das indigitadas leis.

Se as mesmas decisões do STF que antecederam o HC 127.900-AM forem objeto de análise sob uma perspectiva pós-positivista, a conclusão inevitavelmente será outra. É que, em tempos de pós-positivismo, o espaço para a discricionariedade judicial encontra uma redução significativa. O pós-positivista se inquieta com a convivência de soluções contrastantes, por considerar incompreensível a pluralidade de respostas para um só problema, e instiga o operador do Direito a encontrar a melhor dentre as saídas possíveis. Clama-se, pois, por maior coerência no Direito.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento atual dado pelo Plenário do STF está em consonância à prática processual moderna, em homenagem ao princípio da autodefesa. Por outro

lado, essa questão esvaísse da análise do critério da especialidade, no entanto, ao que se refere às garantias processuais previstas na CRFB/88 (art. 5º, LIV e LV), o critério é outro nessa aferição, ou seja, há de se adotar o critério hierárquico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 816/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 127.900-AM*. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127900&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgam en to=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127900&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamen to=M)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O PRÉ-QUESTIONAMENTO À LUZ DO ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A ORIENTAÇÃO FIXADA PELA SÚMULA 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE PRE-QUESTIONING IN THE LIGHT OF ART. 1.025 OF THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015 AND THE ORIENTATION SET BY SÚMULA 211 OF SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Raíssa Roese da Rosa¹

RESUMO

O escopo do presente artigo é demonstrar que as modificações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 tornam a previsão do enunciado sumular 211 do Superior Tribunal de Justiça ultrapassada. O estudo se volta a analisar o pré-questionamento desde as origens até a entrada em vigor do CPC/2015 que trouxe alterações significativas acerca desse requisito de admissibilidade. Os procedimentos metodológicos desenvolvidos foram pesquisa jurisprudencial e doutrinária. Em conclusão, o que se verifica é que inexistência de homogeneidade no que se refere à interpretação do pré-questionamento se traduz em insegurança jurídica prejudicial aos jurisdicionados, por esse motivo as alterações do CPC/2015 são tão relevantes.

Palavras-chave: Pré-questionamento. Inovações do Código de Processo Civil. Súmula 211/STJ.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate that the modifications introduced into the Code of Civil Procedure elaborated in 2015 make the precedent 211/STJ outdated. The investigation intends to analyze the previous questioning since the origins to the beginning of the new legislation that brought significant changes about this admissibility requisite. The methodological procedure performed was the jurisprudential and legal doctrine research. In conclusion, the lack of homogeneity about the interpretation of the previous questioning implies legal uncertainty that is harmful for those that are under the jurisdiction, that's way the changes of the CPC/2015 are so relevant.

Keywords: Previous questioning. Innovations of the Code of Civil Procedure. Precedent 211/STJ.

¹ Advogada inscrita na OAB/DF sob o n.º 52.568, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. RA n.º 51700194

1 INTRODUÇÃO

De primeiro, o artigo em tela se propõe a trazer um panorama geral sobre o surgimento do pré-questionamento, pressuposto a ser observado na fase de admissibilidade do recurso, bem como a elencar as principais definições.

Vale lembrar que o conhecimento de um recurso depende do preenchimento de certos requisitos genéricos e específicos. No caso dos recursos excepcionais (recurso extraordinário e especial), a quantidade de requisitos é maior, o que serve como barreira para evitar a subida de toda e qualquer insatisfação.

Importante ressaltar que o juízo de admissibilidade é a primeira etapa na análise recursal, sendo esta eliminatória, porque na ausência de algum dos requisitos não haverá juízo de mérito. A fase de admissibilidade restringe-se à verificação dos pressupostos formais do recurso, enquanto a apreciação do mérito se voltará ao conteúdo. Por isso, os dispositivos das decisões “não conheço do recurso” e “nego provimento ao apelo” são tão distintos. No primeiro, sequer houve exame de mérito².

Em seguida, partindo de uma perspectiva histórico-constitucional, discorre-se sobre as possíveis interpretações do termo “causa decidida.”

No tópico seguinte, são apresentadas as modalidades de pré-questionamento, quais sejam, implícito, explícito e ficto. Paralelamente, faz-se algumas considerações sobre as consequências da oposição dos embargos de declaração para o alcance do préquestionamento.

Depois, passa-se a uma análise comparativa da orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – apontando os pontos de concordância e de discordância acerca do préquestionamento.

Posteriormente, revelam-se as contribuições do art. 1.025 e do § 3.º do art. 941 do CPC/2015 para o ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente, no que tange à uniformização das posições sobre o requisito em pauta e à agilidade dos processos.

² MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

Além disso, examina-se a relação do citado art. 1.025 com as Súmulas 356/STF e 211/STJ. Na sequência, busca-se demonstrar que as mudanças inauguradas pelo CPC/2015 redundam na superação das Súmulas 211 e 320 do STJ.

Por fim, chega-se à conclusão de que as inovações do CPC/2015, no tocante ao pré-questionamento, contribuem para aprimorar o funcionamento da máquina judiciária de modo a assegurar a inafastabilidade da jurisdição.

2 PREQUESTIONAMENTO: BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ORIGEM, DA CONCEITUAÇÃO E DA NATUREZA JURÍDICA

A inspiração do pré-questionamento no ordenamento jurídico brasileiro veio do direito norte-americano, no qual se exige que a questão federal tenha sido suscitada e decidida pelo Tribunal Estadual³.

O requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais denominado de préquestionamento está vinculado ao papel dos Tribunais Superiores. É de se observar que tais Tribunais não podem funcionar como terceira instância na revisão do mérito das causas, tendo em vista que sua função é a de realizar o controle das decisões judiciais no que tange à interpretação das normas constitucionais e federais⁴. Em razão disso, os fatos relativos ao thema decidendum precisam estar bem delimitados pelas instâncias originárias.

Certo é que para validar a interposição de recurso especial ou extraordinário a matéria recorrida deve ter sido discutida no acórdão objurgado. A questão se considera pré-questionada quando se constata do acórdão impugnado ou da causa que julgou em única ou em última instância que houve debate acerca desta⁵. Essa é a

³ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

⁴ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 283.

noção clássica de pré-questionamento que decorre da própria natureza extraordinária do recurso⁶.

Cabe destacar que houve uma evolução conceitual do vocábulo pré-questionamento, daí por que se verifica a coexistência de definições distintas, tais como: (i) manifestação expressa do Tribunal recorrido sobre a questão posta; (ii) discussão pretérita do tema ao longo do processo; e (iii) debate prévio acerca da controvérsia que deveria integrar o acórdão objurgado⁷.

Vale ter presente que meras observações do julgador no bojo do acórdão, postas de modo secundário, não preenchem o requisito em tela. Nesse sentido, há precedente do STJ assinalando que tais considerações são tidas por obter dicta e não atendem o pré-questionamento⁸.

Mesmo na hipótese, prevista no art. 996 do Código de Processo Civil⁹, de um terceiro prejudicado interpor recurso especial ou extraordinário, haverá que se ater à exigência de pré-questionamento¹⁰.

Por último, entende-se que o pré-questionamento como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários se origina da hermenêutica da

⁶ “O que não se decidiu não pode ser objeto de recurso justamente pela mitigação (ou restrição) do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional da causa decidida.” In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

⁷ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, p. 332, 2016.

⁸ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, p. 311-312, 2016. Ilustrativamente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESCAMINHO. TIPICIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA ABORDADA A TÍTULO DE OBTER DICTUM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. A falta de pronunciamento sobre matéria ventilada exclusivamente em embargos de declaração é justificada e impede o seu conhecimento na instância especial, por falta de prequestionamento. Admitir a inovação recursal em embargos de declaração seria, por via oblíqua, afastar a sua natureza de recurso de fundamentação vinculada, bem como renunciar ao instituto da preclusão consumativa, procedimentos que violariam à ampla defesa e ao devido processo legal. As simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal a quo, a título de obter dictum, não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida pela Corte Estadual, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art. 105, inciso III, da Constituição Federal, para autorizar a revisão da matéria por esta Corte Superior. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1222513/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013; grifo nosso.)

⁹ “Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.”

¹⁰ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, p. 311, 2016.

expressão “causa decidida” que consta dos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Daí não se poder considerá-lo mera criação jurisprudencial, pois decorre de previsão constitucional¹¹.

2.1 Causa decidida e raízes constitucionais que envolvem o tema

Desde a Constituição de 1981, o requisito do pré-questionamento já se fazia presente, mais especificamente no art. 59, inciso III, alínea “a”, o qual tratava sobre o questionamento da validade de leis para interposição de recurso extraordinário, nos seguintes termos: “[d]as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratado e leis federais e a decisão do tribunal do Estado for contra ela.¹²”

As Constituições seguintes 1934, 1937 e 1946 mantiveram redação semelhante. Apesar de as Leis Fundamentais seguintes (1967/1969/1988), terem suprimido o verbo questionar, a exigência de pré-questionamento não foi esquecida¹³.

Observe-se que o art. 114, inciso III, da Constituição de 1967 fazia menção a causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes. Todavia, o Ato Institucional de 69 suprimiu a palavra “juízes” a fim de reduzir o acervo do STF, o que ficou assentado na Súmula 527/STF¹⁴, in verbis: “Após a vigência do Ato Institucional n° 69, que deu nova redação ao art. 114, III, da Constituição Federal de 1967, não cabe recurso extraordinário das decisões do juiz singular”.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 310.

¹² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (grifo nosso)

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40-41.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

Nesse contexto, o art. 119, inciso III, oriundo da Emenda Constitucional 1/69, dispôs que o recurso extraordinário deveria ser ajuizado contra “causas decididas em única ou última instância por outros tribunais”.

Com o art. 102, inciso III, da Constituição de 1988, a referida súmula foi revogada, porque não há qualquer alusão a tribunais ou a juízes, de modo que o recurso extraordinário passa a caber de decisões de primeiro grau, a exemplo daquelas provenientes do julgamento de embargos de alçada regulamentados pelo art. 34 da Lei n.º 6.830/80¹⁵. Da mesma maneira, em havendo matéria constitucional controversa, cabe recurso extraordinário de decisões do Juizado Especial¹⁶.

A Constituição de 1988 criou o STJ voltado à unificação da legislação federal, deixando ao STF a interpretação do texto constitucional¹⁷. Outra inovação trazida pela Constituição cidadã foi a impossibilidade de os Tribunais Superiores legislarem sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários, devido à sua previsão constitucional, tal como no caso do pré-questionamento¹⁸, senão vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

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

¹⁵ “Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração. § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição. § 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada. § 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.”

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 135.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

Como se vê, os artigos supracitados, que versam sobre os recursos excepcionais, não fazem referência explícita ao pré-questionamento. Apesar disso, o texto constitucional se utiliza da expressão “causa decidida”. Na visão de Scarpinella¹⁹, depreende-se de “causas decididas” tanto o esgotamento das instâncias prévias quanto o pré-questionamento.

Para alguns doutrinadores, a expressão em voga não denota necessidade de que o Tribunal trate do assunto no acórdão hostilizado, sendo suficiente a atividade das partes de tentar estabelecer um debate acerca de temas constitucionais ou federais²⁰.

Há quem defenda que as decisões interlocutórias não integram “causa decidida”, mas apenas as sentenças. Porém, a Súmula 86/STJ consagrou a ampla interpretação da expressão retrocitada, nos seguintes termos: “[c]abe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”²¹

Importa salientar que “decidida” não representa somente o ato decisório final, isto é, aquele que soluciona o mérito. Primeiro, porque o pressuposto básico de ambos os recursos é a existência de uma questão constitucional ou federal, e não a extinção do processo com julgamento de mérito. Segundo, porque os recursos excepcionais não são interpostos para a apreciação da justiça da decisão, assim, o julgamento de mérito não deve ser tido como requisito²². Noutros termos, é a questão federal, devidamente préquestionada, que abre a via do recurso especial, e não a discussão sobre a justeza do decisum²³.

Ainda, a noção de “causa decidida” deve ser interpretada de modo a excluir os procedimentos administrativos. Por isso, não cabe recurso extraordinário contra

¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

²⁰ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 149.

²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 157.

decisão proferida no processamento de precatórios de acordo com o verbete sumular 733/STF²⁴, nem contra acórdão que defere liminar nos termos da Súmula 735/STF²⁵.

Diante do exposto, fica evidente que o pré-questionamento não é algo recente na história de Constituições brasileiras e que, apesar das modificações feitas ao longo dos anos, permanece indispensável à interposição dos recursos excepcionais.

3 MODALIDADES DOUTRINÁRIAS DE PRÉ-QUESTIONAMENTO

As principais espécies de pré-questionamento são: implícito, explícito e ficto. Designa-se de pré-questionamento implícito a situação em que embora a parte tenha alegado a tese jurídica, a decisão recorrida não a levou em consideração; enquanto o pré-questionamento explícito ou numérico ocorre quando a norma jurídica controversa foi expressamente abordada na decisão guerreada²⁶.

Há também o pré-questionamento ficto que se configura na medida em que as partes levantam a temática em embargos de declaração, contudo não há pronunciamento da Corte de origem sobre o ponto²⁷. Sob outro prisma doutrinário, o pré-questionamento implícito ocorre na hipótese de a tese ter sido debatida no decorrer do processo, mas não no acórdão recorrido.²⁸

Para o STJ, o pré-questionamento implícito se consubstancia na análise da questão federal pelo Tribunal de origem, mesmo que não conste do acórdão os dispositivos de lei que versam sobre a matéria²⁹. Nessa linha, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL -
AÇÃO DE COBRANÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA DA

²⁴ “Súmula 733/STF - Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 146. “Súmula 735. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.”

²⁶ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, p. 332, 2016.

²⁷ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

²⁸ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

²⁹ Exige-se que “no aresto recorrido a matéria tenha sido decidida, e decidida manifestamente (não obstante se deva considerar prescindível a expressa menção ao artigo de lei).” In: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 39

PRESIDÊNCIA DESTE TRIBUNAL DANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, A FIM DE DECLARAR A EXIGIBILIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS ÀTAXA MÉDIA DE MERCADO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA.

A jurisprudência desta Corte Superior admite o "prequestionamento implícito" quando, embora o órgão julgador não faça indicação numérica dos artigos legais, aprecia e decide com amparo no seu conteúdo normativo. Precedentes.

Cuidando-se de hipótese de dissídio jurisprudencial notório, mitigam-se os requisitos de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1258645/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 23/05/2017; grifo nosso.)

Vale ressaltar que o STJ entende não ser suficiente que o acórdão recorrido lance os dispositivos controversos em seu relatório, é preciso que o debate integre sua fundamentação.³⁰

De outro lado, vale trazer à luz a orientação do STF acerca da oposição de aclaratórios e o aperfeiçoamento do pré-questionamento que é a seguinte: se o acórdão do qual se intenciona recorrer não decidiu a questão constitucional, deverá o recorrente opor embargos de declaração para esgotar as tentativas de provocar o debate sobre a questão. Nesse caso, mesmo que os aclaratórios não sejam acolhidos para correção de eventual omissão, haverá pré-questionamento.³¹

Diferentemente, o STJ não reconhece o pré-questionamento como ato exclusivo da parte. Caso os embargos declaratórios sejam opostos, mas não haja pronunciamento da Origem, o requisito não foi cumprido, cabendo a oposição de novos embargos de declaração. Nessa hipótese, deve-se levar em conta o risco de multa por recurso protelatório. Outra alternativa seria oferecer recurso especial alegando violação ao art. 535, inciso II, do CPC (atual 1.022) para que o Tribunal

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 44.

³¹ KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Superior analise a existência de omissão e determine que a Corte estadual se manifeste³².

Com relação ao risco de sanção pecuniária em razão da insistência pela via dos embargos de declaração, mister considerar os ditames da Súmula n.º 98/STJ: “[e]mbargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Cabe esclarecer os embargos de declaração não podem servir para veicular uma inovação nos autos, isto é, a sua utilização com finalidade de pré-questionamento depende de levantamento prévio da tese perante a instância originária. Desse modo, antes de proferido o acórdão embargado, o recorrente já deve ter trazido à tona a questão constitucional ou federal³³.

No passado, o STJ adotava a seguinte posição “se a contrariedade à lei federal implicasse ‘nulidade formal do próprio acórdão’, não haveria por que cogitar de embargos declaratórios para prequestionamento.” Atualmente, para o STJ, mesmo que a ofensa tenha ocorrido no acórdão impugnado, há que se proceder à oposição de embargos declaratórios para que se configure o pré-questionamento³⁴.

Tais modalidades são apenas formas de apresentação, isto é, representam a materialização daquilo que foi, ou não, decidido pelo Tribunal a quo. O que deve realmente ser analisado é o objeto da decisão, e não a forma como se exterioriza³⁵.

Pode-se concluir que não há uniformidade quanto aos tipos de pré-questionamento, disso resulta a insegurança dos jurisdicionados acerca da admissibilidade do recurso extraordinário ou especial³⁶.

³² KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 730.

³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 47.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 50-51.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

4 PREQUESTIONAMENTO E POSIÇÕES FIRMADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Quanto ao pré-questionamento das matérias de ordem pública, não somente a doutrina majoritária tem se orientado no sentido da imprescindibilidade de que o acórdão recorrido traga à tona a temática controvertida, mas também a jurisprudência dos Tribunais Superiores, senão vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. REAPRECIÇÃO DOS FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO CONSTANTES DOS AUTOS (SÚMULA 279/STF), BEM COMO A ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS (SÚMULA 454/STF). CARÁTER PROTRELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

A parte agravante não atacou todos os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para inadmitir o recurso extraordinário, de modo que a decisão permanece incólume. Precedente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes. [...] (ARE 977741 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, publicado em 29/08/2016; grifo nosso.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO. SUPOSTA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS. SÚMULAS 282 E 356/STF. PRECEDENTES. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando incorrentes, tornam inviável a revisão do julgado em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites dos arts. 535 do CPC e 382 do CPP. 2. A matéria de ordem pública, conquanto cognoscível de ofício pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo

e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, do CPC), não prescinde do requisito do prequestionamento em sede de Recurso Extraordinário. Precedentes: AI 539.558-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 30/11/2011, e AI 733.846-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 19/6/2009. [...] (AI 858531 AgR-ED, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, publicado em 13/11/2015; grifo nosso.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA. PLEITO DE NULIDADE DO FEITO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEFESA PRELIMINAR. ABERTURA DE VISTA AO QUERELANTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. O prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte. Precedentes. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 5/5/2016, DJe 16/5/2016). [...]

5. Recurso ordinário desprovido. (RHC 64.840/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017; grifo nosso.)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ORQUIECTOMIA EM MENOR SEM CONSENTIMENTO DOS RESPONSÁVEIS. AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO DO MÉDICO QUANTO AOS RISCOS QUE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ACARRETARIA NA INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DO MENOR. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. PRECLUSÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. REVISÃO QUE ENSEJA O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

Embora a matéria de ordem pública possa ser arguida em qualquer momento, uma vez decidida e não havendo recurso das partes, ocorre a preclusão.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é indispensável o prequestionamento da matéria de ordem pública para o conhecimento do recurso na via especial. [...] 5. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EDcl no REsp 1613722/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 01/06/2017; grifo nosso.)

Nesse aspecto, portanto, há coincidência nas orientações dos Tribunais Superiores sobre o pré-questionamento. Entretanto, essa não é regra.

No tocante à presença do dispositivo de lei tido por violado, o STJ entende que haverá pré-questionamento, ainda que o dispositivo não integre o acórdão recorrido. Não é essa, contudo, a posição do STF que, em sua maioria, afirma que o preceito constitucional deve ter sido citado no decisum recorrido³⁷.

Vale conferir a orientação jurisprudencial do STJ sobre a dispensabilidade do préquestionamento numérico, isto é, de que o dispositivo afrontado seja explicitado no acórdão prolatado pela Origem. Ilustrativamente:

PROCESSUAL CIVIL, AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO. DESNECESSIDADE.

Trata-se de Agravo Interno contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial do Ibama para julgar improcedentes os Embargos à Execução Fiscal de multa imposta pela autarquia pela operação de posto de gasolina sem licença, considerada desproporcional pelo tribunal de origem. A agravante sustenta que o recurso não poderia ter sido conhecido por incidência das Súmulas 7/STJ e 282 e 386/STF, diante da necessidade de revolvimento da matéria fática e falta de prequestionamento dos dispositivos ditos violados.

A decisão agravada está baseada nos fatos como estabelecidos pelas instâncias ordinárias, inclusive com transcrição dos trechos pertinentes do acórdão recorrido. Assim, incorreta a alegação de que a Súmula 7/STJ deveria ter obstaculizado o conhecimento do recurso.

³⁷ KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 728-729.

"O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito" (REsp 155.621, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Corte Especial, julgado em 2/6/1999, DJ 13/9/1999).

"Não é de exigir-se, de modo a que se tenha por atendido o requisito do prequestionamento, o denominado prequestionamento numérico. Basta que a questão federal suscitada, no Recurso Especial, tenha sido efetivamente versada, no acórdão objurgado. O que se prequestiona é a matéria jurídica, não o número do dispositivo de lei". (AgRg no REsp 1.417.199/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 1º/9/2015, DJe 15/9/2015).

Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 664.479/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 06/09/2016; grifo nosso.)

Logo, basta que o assunto tenha sido abordado pelo Colegiado na instância a quo para que o requisito do pré-questionamento esteja satisfeito.

Nesse contexto, vale dizer que existem precedentes dos Tribunais Superiores que inviabilizam o conhecimento de recursos excepcionais devido à ausência da letra do dispositivo questionado. A propósito, o STF tem jurisprudência assentada no sentido de que o recurso extraordinário deve ser obstado, quando não constar da peça o permissivo legal (art. 102, inciso III, alíneas a, b ou c)³⁸.

Imperativo trazer à baila a crítica doutrinária acerca do excesso de formalismo. Entende-se que o não conhecimento de recurso por ausência do permissivo legal é apego desmedido à forma que resulta em retrocesso. Não se pode admitir que um erro de digitação, por exemplo, possa ser motivo para o não conhecimento de um recurso que traz em seu bojo controvérsia constitucional relevantíssima³⁹.

Sob outro ângulo, o STF tem entendido que estará pré-questionada a matéria se forem empreendidos todos os esforços pelas partes para que esta seja discutida pelo Tribunal de origem, inclusive pela via dos embargos de declaração. É isso que

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

consagra o verbete sumular n.º 356/STF: “[o] ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Veja-se que a interpretação da Súmula 356/STF deve levar em conta os ditames da Súmula 282/STF: “[é] inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Por isso, é preciso que fique demonstrada a omissão do Tribunal de origem no que tange à questão suscitada, o que será apontado nos embargos de declaração⁴⁰.

O STF parte do pressuposto de que não há como o recorrente impor que o Tribunal examine a tese constitucional levantada, não podendo este ser prejudicado conquanto tenha feito tudo aquilo que estava ao seu alcance para preencher o requisito.

Por isso é que o Supremo admite o pré-questionamento ficto. Mesmo que a omissão se perpetue com a oposição de embargos declaratórios, considera-se, com base numa ficção, que o requisito foi atendido⁴¹.

Entretanto, cabe salientar que, antes da entrada em vigor do CPC/2015, houve alguns julgados em que o STF se posicionou no mesmo sentido do STJ, asseverando a impossibilidade do pré-questionamento ficto⁴².

Em que pese a Corte Suprema aceite o pré-questionamento ficto, o STJ não admite essa hipótese. O STJ, com base na Súmula 211, sustenta que, quando a instância originária ignora a tese do recorrente, o pré-questionamento não se perfaz⁴³. Em havendo omissão do acórdão recorrido, mesmo na existência de embargos de declaração, incumbe à parte interpor recurso especial alegando ofensa

⁴⁰ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, 2016.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 284.

⁴³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 312.

ao 1.022 (antigo 535) do CPC requerendo sua anulação e devolução à Origem para que a matéria seja apreciada. Somente assim obter-se-á o pré-questionamento⁴⁴⁴.

Em suma, o que se percebe é que, como regra, o STF não é tão rígido no que concerne ao preenchimento do requisito, ao contrário do STJ, que exige a oposição de aclaratórios em conjunto com a apreciação da matéria pela Corte de origem.

5 DESDOBRAMENTOS DO DISPOSTO NO ART. 1.025 DO CPC/2015

O CPC vigente trouxe novidades acerca do pré-questionamento. Em seu artigo 1.025⁴⁵, prevê que os elementos apostos nos embargos de declaração farão parte do acórdão hostilizado para fins de pré-questionamento, desde que o Tribunal Superior conclua que houve erro, omissão, obscuridade ou contradição no referido ato decisório.

Vale dizer que o dispositivo não traz uma imposição, mas uma faculdade. Os Tribunais Superiores podem suprir a omissão e passar ao julgamento de mérito, se assim julgarem necessário⁴⁶.

A inovação consagrada pelo art. 1.025 vai ao encontro do princípio da primazia do mérito que tem sido enfatizado pelo CPC/2015, o que se evidencia no art. 4.º, art. 932, parágrafo único⁴⁷, o qual determina que o julgador conceda prazo para o recorrente sanar eventuais vícios de forma. Nos mesmos moldes, o § 3.º do art. 1.029 do CPC/2015⁴⁸ versa sobre a possibilidade de os Tribunais Superiores

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 283.

⁴⁵ “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

⁴⁶ Nesse sentido: “O órgão ad quem pode agir como se estivesse dando provimento aos embargos, considerando que o embargante de declaração tem direito àquilo que pediu. Nem sempre existe esta possibilidade, concretamente considerada.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 571.

⁴⁷ “Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

⁴⁸ “§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”

desconsiderarem incorreção formal de recurso tempestivo ou ordenarem sua retificação.

Alguns doutrinadores argumentam que o art. 1.025 teria a pretensão de uniformizar a compreensão sobre pré-questionamento, já que, até o presente momento, STF e STJ não chegaram a um consenso com relação ao cumprimento do requisito⁴⁹.

Embora não retrate o disposto na Constituição relativamente ao pré-questionamento, está em consonância com a Súmula 356/STF, mas se contrapõem ao que assegurado pela Súmula 211/STJ⁵⁰.

Há quem enxergue o dispositivo sob a perspectiva da agilidade do processo, uma vez que a previsão do art. 1.025 do CPC dispensa o retorno dos autos à instância originária para que o vício seja sanado⁵¹.

A alteração resulta na eficiência do processo, visto que os Tribunais costumam ser resistentes quando se trata de acolher embargos declaratórios. Confere-se ao Tribunal ad quem o poder de avaliar o julgamento dos aclaratórios e de prosseguir com a apreciação do recuso no caso de concluir pela existência de vício no acórdão recorrido⁵².

No procedimento anterior, o STJ mandava descer os autos para que o Tribunal suprisse a lacuna, depois, a parte haveria que interpor outro apelo especial com vistas a retificar a ilegalidade da decisão de mérito. Apesar disso, o STF entendia, de modo diverso, que era possível seguir adiante no exame do recurso

⁴⁹ MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

extraordinário, face à ocorrência de vício demonstrado nos embargos de declaração⁵³.

De outro ângulo, na hipótese de o recorrente pretender pronunciamento sobre omissão fática do Tribunal de origem, não poderá ser aplicado o art. 1.025 do CPC. Isso porque as Cortes Superiores, em sede de recursos excepcionais, não revolvem fatos e provas. Nesse caso, os autos deverão ser encaminhados à Origem para resolver a omissão sobre os fatos⁵⁴.

Não obstante, tendo em vista que o artigo em comento se utiliza do termo elementos, é permitido que o Tribunal Superior proceda ao reenquadramento dos fatos. Isso somente poderá ser feito se os fatos devem estiverem expostos no acórdão recorrido e indevidamente encaixados na moldura normativa. Tal correção representa uma questão jurídica, o que viabilizaria sua apreciação por intermédio dos recursos excepcionais⁵⁵.

Outra alteração pertinente no CPC/2015 encontra-se no § 3.º do art. 941, o qual preconiza que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão”, inclusive, para fins de pré-questionamento⁵⁶.

Verifica-se, portanto, uma tendência a conferir maior participação às partes nos efeitos processuais. No caso, o pré-questionamento deixa de ser um ato essencialmente judicial. Mas, não passa a ser ato exclusivo da parte, pois cabe ao

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 570. Na mesma linha: “Quando se trata de provocar uma decisão do Poder Judiciário por meio de recurso especial ou recurso extraordinário, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade consistente na solução normativa ter sido ‘escolhida’ equivocadamente só pode ser flagrada se se confrontarem os fatos tais quais descritos na decisão sob foco com a solução normativa que se deu àqueles fatos naquela mesma decisão.”

⁵⁴ RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, 2016.

⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 571.

⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Tribunal Superior realizar o "juízo antecipado de acolhimento dos embargos de declaração"⁵⁷."

Assim, a consolidação dos embargos de declaração pré-questionadores, por meio do art. 1.025, implica "uma sensível ampliação, comparativamente ao que notávamos quando vigente o CPC/173, da participação do jurisdicionado quanto à implementação de tão relevante requisito recursal excepcional"⁵⁸."

5. Superação da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça

Com o art. 1.025 do CPC/2015, o pré-questionamento ficto foi positivado. Se o Tribunal Superior entender que existiu omissão, contradição, obscuridade ou erro material na Origem, então poderá dar prosseguimento ao julgamento do mérito. Desse modo, a mera oposição de aclaratórios levantando a temática pode conduzir ao pré-questionamento.

Como já dito, o STJ, quando verifica que houve omissão no acórdão recorrido, declara a nulidade deste e determina o retorno dos autos à Corte de origem para que se dê um novo julgamento. Essa era a providência que decorrente da Súmula 211/STJ: "[i]nadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

Repise-se que, para o enunciado sumular do STJ, é indiferente a iniciativa do recorrente no intuito de fazer com que a instância a quo decida sobre determinada questão, pois afigura-se indispensável a efetiva manifestação do colegiado na Corte de origem. Sendo assim, o pré-questionamento não estaria alcançado pela simples provocação dos recorrentes mediante embargos declaratórios.

Diante desse contexto, a aplicação da Súmula 211/STJ resta prejudicada.

Cumprе ressaltar que os embargos de declaração pré-questionadores são julgados pela maioria dos Tribunais de origem a partir de uma decisão padrão que parte da seguinte premissa: não há obrigatoriedade de o juiz analisar todas as teses

⁵⁷ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Embargos de declaração no novo CPC e o préquestionamento*. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-20/rogeriolicastro-embargos-declaracao-cpc-pre-questionamento>>.

⁵⁸ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Embargos de declaração no novo CPC e o préquestionamento*. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-20/rogeriolicastro-embargos-declaracao-cpc-pre-questionamento>>.

levantadas pelo recorrente. Não obstante, vale lembrar que a possibilidade de o magistrado não apreciar o argumento somente cabe para os casos em que este não tenha relevância para a questão central que está sendo decidida ou quando este já tenha sido apreciado. Se não for assim, estar-se-á diante de omissão da instância a quo. Por isso, a utilização indistinta da Súmula 211/STJ é tão perigosa.

Uma vez que o §3.º do art. 941 do CPC/2015 dispõe que o voto vencido integra o acórdão para fins de pré-questionamento, não somente a Súmula 211, mas também a Súmula 320/STJ, a qual prevê que “[a] questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”, perdem o sentido.

Interessante observar, sob a ótica de homogeneização do pré-questionamento, que embora não seja tarefa do STF rejulgar recursos especiais, é incumbência desta Corte Suprema resguardar a Constituição. De tal modo que seria cabível a interposição de recurso extraordinário questionando a constitucionalidade da Súmula 211/STJ face ao art. 105, inciso III, da CF/88⁵⁹.

Ressalte-se, nesse sentido, que incumbe ao STF, “[...] decidir acerca da interpretação do art. 102, III, bem assim do art. 105, inciso III, com ânimo de definitividade, uniformizando sua interpretação perante todo o território federal brasileiro, inclusive perante os Tribunais Superiores.⁶⁰”

No final das contas, acredita-se que, com as transformações do CPC/2015, o pré-questionamento passa a ser construído a partir da reunião entre a iniciativa das partes e o ato judicial decisório, o que não se compatibiliza com o enunciado sumular 211/STJ.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência dos Tribunais Superiores, devido à demanda excessiva de recursos excepcionais, tem sido a de se apegar à jurisprudência defensiva por meio da qual elaboram mecanismos de filtragem. É fato que o acesso a essas Cortes deve

⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

ser mais restrito pela sua própria essência, mas este tem que ser viabilizado a partir de um procedimento transparente e bem delimitado.

Não é o que tem ocorrido com relação ao pré-questionamento, requisito capaz de definir o conhecimento, ou não, de um recurso excepcional. Isso porque não há uniformidade no que se refere à sua definição e à sua aplicabilidade.

A ausência de conceituação precisa de pré-questionamento e de um consenso no que toca à sua implementação compromete a garantia de direitos constitucionais, tais como, o acesso à justiça, o devido processo legal e a segurança jurídica.

Nesse diapasão, as inovações do CPC/2015 são vistas como positivas, em razão da pretensão de uniformizar o entendimento acerca do pré-questionamento, além de fomentar a celeridade do processo, a primazia das decisões de mérito e à participação dos sujeitos processuais.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento?* Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área de processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

KLIPPEL, Rodrigo. *Manual de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

MARTINS, Renata Cristina Lopes Pinto. Prequestionamento: breve análise dos precedentes das Súmulas 282 e 356 do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254. ano 41, p. 375-392, abr. 2016.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Embargos de declaração no novo CPC e o pré-questionamento*. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-20/rogerio-licastro-embargos-declaracao-cpc-prequestionamento>>.

RANÑA, Leonardo Fernandes. O prequestionamento no STJ: uma breve abordagem da visão atual da corte e das mudanças trazidas pelo novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 253, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A SÚMULA 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ícaro Ferreira Lino Bastos Morais ¹

RESUMO

As ações coletivas, no direito brasileiro, remontam à época do império. Dentre os instrumentos processuais existentes, aptos a tutelar os direitos coletivos, encontra-se o mandado de segurança coletivo. Este, presta-se à defesa do interesse de uma categoria, classe ou grupo, frente a violação ou justo receio de sofrê-la, de direito líquido e certo do impetrante, por parte de autoridade. Nesse aspecto, tem-se que muitas vezes os direitos de um grupo são atingidos diretamente por ato normativo de caráter genérico: as chamadas leis em tese. Porém, nesses casos, ao tentar-se a proteção do direito líquido e certo através do Mandado de Segurança Coletivo, os grupos esbarram na vedação de cabimento da mencionada ação contra lei em tese, orientada pela súmula 266 do STF. Porém, como ação coletiva, o Mandado de Segurança Coletivo não pode ser interpretado como mero litisconsórcio ativo com substituição processual. É necessário que seja garantida à tutela protetiva dos direitos coletivos transindividuais as abrangências legais de seus instrumentos, sem que haja entraves processuais desnecessários. Diante do exposto, o presente trabalho se propõe a analisar brevemente o Mandado de Segurança Coletivo, bem como à súmula 266 do STF, averiguando se a mencionada orientação jurisprudencial, editada 47 anos antes ad promulgação da Lei que regulamentou o Mandado de Segurança Coletivo, a este é plenamente aplicável.

Palavras-chave: Mandado de Segurança Coletivo. Lei em Tese. Súmula 266/STF.

1 AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas, no direito brasileiro, remontam à época do império, tendo como expoente a Ação Popular para a defesa de bens de uso comum pelo cidadão. Desde então, após idas e vindas na previsão normativa, as ações coletivas se consagram, constitucionalmente, pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946,

¹ Ícaro F. L. Bastos Mroais. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

mantendo-se em todas as Constituições subsequentes e, no plano infraconstitucional, com a Lei de Ação Popular de 1965².

A doutrina considera que as ações coletivas se tratam de um microsistema processual coletivo, do qual, no ordenamento jurídico pátrio, fazem partes inúmeras leis, a exemplo das seguintes: Lei de ação popular, nº 4.717, de 1965; lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº 6.938, de 1981; lei de ação Civil Pública, nº 7.347, de 1985; a própria Constituição Federal de 1988; a lei das Pessoas Portadoras de Deficiência, nº 7.853 de 1989; lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários, nº 7.913, de 1989; estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990; o Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/1990; lei de Improbidade Administrativa, nº 10.741, de 2003; Estatuto do Idoso; e a Lei do Mandado de Segurança, nº 12.016, de 2009, objeto específico deste estudo³.

Pelas várias legislações, é de se esperar que os direitos materiais tutelados serão das mais diversas espécies, havendo tanta proteção aos de natureza transindividual, coletivo e difuso, bem como de natureza individual homogêneo, ou mesmo indisponíveis, em casos excepcionais. Nesse contexto, por lógico que certas particularidades serão levadas em consideração no caso concreto, quando da análise de cabimento da ação específica.

Para o presente trabalho, focar-se-á nas particularidades do Mandado de Segurança Coletivo, contudo, sem abandonar as regras gerais que compõem o microsistema coletivo e devem ser aplicadas a todas as ações coletivas, independentemente da espécie de direito material tutelado⁴.

1.1 Mandado De Segurança Coletivo

A previsão do mandado de segurança coletivo é dada na própria Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 5º, inciso LXX, dispõe ser direito do “partido político com representação no Congresso Nacional”, bem como da “organização

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” a impetração do mandado de segurança coletivo⁵.

Em que pese a previsão constitucional acima mencionada, a regulamentação específica do instrumento processual veio somente com o advento da lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, chamada de Lei do Mandado de Segurança⁶.

Em seu artigo primeiro, a lei acima mencionada traz o cabimento do mandado do mandado de segurança, tanto individual, como coletivo, segundo a qual:

Art. 1º: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça⁷.

Segundo a doutrina, a ação do mandado de segurança coletivo, em especial, destaca-se do mandado individual, tendo como finalidade a defesa de interesse de uma categoria, classe ou grupo, sendo dispensável, para tanto, a própria autorização dos associados, como dispõe a Súmula 629, do Supremo Tribunal Federal⁸. Vê-se, dessa forma, que para a ação em discussão, tem-se a própria substituição processual, não se bastando na representação processual⁹. Ou seja, uma amplitude legal à legitimação para propor o MS coletivo.

O objeto do mandado de segurança coletivo pretende a tutela de direitos individuais homogêneos, bem como dos direitos coletivos¹⁰. Excluem-se, dessa

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 629*. A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20F.LSV.&base=base_Sumulas.>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

forma a tutela do direito difuso, situação que tem enfrentado crítica pela doutrina, para quem a vedação injustificada à tutela dos direitos difusos configura-se em inconstitucionalidade¹¹. Nesses termos, é possível imaginar situações que um número indeterminado de pessoas, característica afeta aos direitos difusos, tenha direito líquido e certo atingido por norma ilegal ou feita com abuso de poder.

Contudo, a limitação da tutela emana do próprio texto legal, segundo o qual são protegidos os direitos coletivos, tidos como aqueles

“transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”, bem como os individuais homogêneos, que se configuram nos “decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”¹².

Nesse caso, vê-se que o Mandado de Segurança, ao tutelar direitos coletivos, parece não mais ficar restrito a atos direcionados, maculadores de direito individual simples. Porém, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), como será visto no capítulo adiante, não tem aceitado a discutida ação para impugnar a atos de caráter genérico, que não afete diretamente aos indivíduos. Ou seja, limitando-o ainda mais, somente à tutela dos direitos individuais homogêneos.

A Súmula 266 do STF, traz em seu texto que “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”¹³; quando aplicada ao Mandado de Segurança coletivo, a súmula parece desvirtuar a própria finalidade da ação, que se propõe a tutelar direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo.

A indivisibilidade do direito, no caso, que parece ser restrita, uma vez necessária a prova do direito líquido e certo atingido de forma concreta.

Sob esse aspecto, passa-se a análise a súmula 266, do STF, para averiguar sua aplicação à ação do Mandado de Segurança Coletivo.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

¹² BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 266*. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base Sumulas.>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

2 SUMULA 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou a súmula 266, que trata sobre o não cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, que possui o sucinto teor a seguir: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”¹⁴.

A súmula mencionada tem indicados como precedentes quatro julgados, sendo eles: i) o MS 9077 - DF, publicado em 23 de agosto de 1962; ii) o RMS 9973 - PE, publicado em 06 de setembro de 1962; iii) o MS 10287, publicado em 27 de junho de 1963; e o iv) e o RE 51351, publicado em 29 de agosto de 1963.

Passa-se agora a analisar cada um dos julgados que precederam a Súmula 266, para avaliar as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a aprová-la.

2.1 MS 9077 - DF, publicado em 23 de agosto de 1962¹⁵

O primeiro dos julgados cuidou de Mandado de Segurança, impetrado por Dianda, Lopez & Cia, contra ato do Presidente da República.

Sob a Relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, o Supremo Tribunal Federal julgou concessão da ordem de segurança à impetrante, que pleiteava o afastamento de Decreto Presidencial nº 50.358, de 18 de março de 1961, que havia revogado outro Decreto presidencial, o de número 50.123, de 26 de janeiro de 1961, que, por sua vez, versava sobre a possibilidade de se solicitar ao Serviço de Expansão do Trigo uma quota adicional de trigo em grão, pelos moinhos instalados como fábricas de massas alimentícias, biscoitos e derivados¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 266*. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=base Sumulas.>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9077* – Tribunal Pleno. Impetrante: Dianda, Lopez & Cia. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Brasília, em 23 de agosto de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83640>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹⁶ BRASIL. *Decreto Nº 50.123, de 26 de janeiro de 1961*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=472706&id=14299031&idBinario=15702429&mime=application/rtf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

A impetrante, na qualidade de moinho de trigo, viu-se prejudicada pela revogação feita pela norma superveniente, que poderia culminar, na “paralisação das atividades de sua fábrica¹⁷”, e, portanto, pleiteou seu afastamento. Para a autora, o Decreto 50.358 não lhe seria aplicável, uma vez que as quotas de trigo haviam sido solicitadas e a si deferidas sob a égide do decreto 50.123, devendo, por essa razão, a ela serem entregues.

Entendendo os ministros que o decreto anterior, revogado pelo superveniente, não poderia ser interpretado como criador de direito líquido e certo, conheceram do Mandado de Segurança, adentando no mérito, porém negaram a segurança.

Verifica-se aqui, pelo primeiro julgado que a discussão foi pautada na (in)existência de direito líquido e certo emanado de decreto revogado. Neste primeiro caso, não se negou conhecimento do Mandado, mas, ao contrário, houve a análise meritória, para, por maioria, denegar a segurança.

Importante destacar que houveram votos divergentes. O Ministro Villas Bôas votou pela concessão total da segurança, enquanto que os Ministros Pedro Chaves e Ary Franco, pela concessão parcial.

2.2 RMS 9973 - PE, publicado em 06 de setembro de 1962¹⁸

O segundo dos julgados acima, RMS 9973 - PE, de relatoria do Ministro Victor Nunes já restou ementado com o mesmo texto da futura Súmula em análise: “

EMENTA: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese¹⁹”

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9077* – Tribunal Pleno. Impetrante: Dianda, Lopez & Cia. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Brasília, em 23 de agosto de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83640>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9973* - PE. Tribunal Pleno. Recorrente: Companhia Fiat Lux de Fósforos de Segurança. Recorrido: Estado do Pernambuco. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília em 06 de setembro de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109133>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9973* - PE. Tribunal Pleno. Recorrente: Companhia Fiat Lux de Fósforos de Segurança. Recorrido: Estado do Pernambuco. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília em 06 de setembro de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109133>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Tratou-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto pela Companhia Fiat Lux Fósforos de Segurança, contra acórdão das Câmaras conjuntas do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que, por maioria, havia não conhecido do pedido de segurança preventiva impetrado contra ato do Prefeito do Recife-PE, que havia incluído na Lei Orçamentária municipal para 1958 tributo alegadamente inconstitucional. Transcreve-se a ementa do acórdão então impugnado:

Não se conhece pedido de segurança contra lei em tese. A simples inclusão em lei orçamentária de qualquer tributo, sem a menor prova de sua cobrança ou tentativa para isso por parte das autoridades fiscais, não pode constituir uma ameaça suscetível de ser apreciada em pedido de segurança preventiva, maximé quando da discutida incidência legal não decorra qualquer restrição de atividade individual²⁰.

No caso, o plenário do Supremo Tribunal Federal, seguindo em unanimidade o Relator, entendeu que não havia qualquer ato da municipalidade seguinte à promulgação do orçamento, de modo a justificar a impetração. Entendendo, dessa forma, que a promulgação do orçamento se tratava de lei em tese, negou provimento ao Recurso, para manter a decisão que não conheceu do Mandado de Segurança.

2.3 MS 10287, publicado em 27 de junho de 1963²¹

O terceiro julgado que precedeu à Súmula 266, assim como o RMS, também tratou expressamente em sua ementa do aspecto relativo a Mandado de Segurança contra Lei em Tese.

De forma extremamente sucinta, o Relator, Ministro Ary Franco, frente ao pedido de impetrante que protestava contra a Lei n 4.068, sem indicar o direito violado, proferiu seu voto de duas linhas, com o seguinte teor: “Indefiro o pedido.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança*. RMS 9973 - PE. Tribunal Pleno. Recorrente: Companhia Fiat Lux de Fósforos de Segurança. Recorrido: Estado do Pernambuco. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília em 06 de setembro de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109133>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança*. MS 10.287 - SP. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil e outros. Relator: Ministro Ary Franco. Brasília, 27 de junho de 1963 de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83836>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Não cabe mandado de segurança contra a lei em tese²², seguido, por unanimidade, pelos outros ministros.

2.4 RE 51351, publicado em 29 de agosto de 1963²³

O último julgado a anteceder a súmula em análise tratou-se de Recurso Extraordinário, interposto pela União Federal, contra acórdão exarado pelo antigo Tribunal de Recursos Federais, que havia concedido a segurança, para tornar sem efeito portaria conjunta do Ministério da Aeronáutica e do Trabalho, regulamentadora de aspectos do trabalho de aeronautas.

Para a União, o supramencionado acórdão afrontava ao artigo 141, §24, da Constituição Federal de 1946²⁴, bem como ao artigo 1º, da lei nº 1.533, de 1951²⁵, ao passo que o impetrante não possuía direito líquido e certo, não sendo, portanto, autorizado o mandado de segurança ao caso.

O RE foi provido, para cassar a decisão recorrida, negando-se a segurança, com base no Voto do ministro Ribeiro da Costa. Interessante observar que, em seu voto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal utilizou-se da fundamentação dada pelo voto vencido do Ministro Oscar Saraiva, do Tribunal de Recursos Federais, que, ao discorrer sobre questão preliminar de cabimento do Mandado de Segurança entendeu que “O mandado de segurança pode ser impetrado para evitar os efeitos de atos administrativos e não contra lei, regulamentos e instruções de caráter geral.”²⁶

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 10.287 - SP*. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil e outros. Relator: Ministro Ary Franco. Brasília, 27 de junho de 1963 de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83836>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. RE 51351*. Segunda Turma. Recorrente União Federal. Recorrido: Panair do Brasil. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 29 de agosto de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=150276>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²⁴ BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1533.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. RE 51351*. Segunda Turma. Recorrente União Federal. Recorrido: Panair do Brasil. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 29 de agosto de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=>

Para os ministros, a parte, ao impetrar Mandado de Segurança buscando a retirada de eficácia de toda a portaria, estaria atacando o ato normativo em tese, não os seus efeitos concretos percebidos pelo impetrante, como se verifica pela fala do Ministro, abaixo transcrita:

Preliminarmente, entendo que a portaria não poder ser objeto de ataque em seu conjunto nem pode ser fulminada de nula. Ato, aliás, não está sendo executado, mas ainda que o estivesse, nem sequer seria necessário opôr-lhe mandado de segurança, porque a portaria não fixou qualquer multa, apenas comina as penalidades que a lei comuna, **e isso não seria ato infringente a direito individual**. Meu voto, preliminarmente, é no sentido de que a portaria não enseja mandado de segurança, por visar o ato administrativo em tese. [...] ²⁷

Vê-se, do voto, que a portaria não ensejaria mandado de segurança, por visar o ato administrativo em tese. Redação esta que, posteriormente, culminaria no texto da própria súmula 266 do STF.

2.5 Utilização da portaria após a promulgação da Lei nº 12.016, de 2009

Passados mais de cinquenta anos da sua aprovação, ainda hoje a súmula 266 serve como fundamentação teórica para as decisões do supremo Tribunal Federal, seja para mandados de Segurança individuais ou coletivos.

Como se verifica pela decisão unânime da Segunda Turma do STF, tida em 05 de agosto de 2014, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o tribunal entende que o mandado de Segurança deve cair somente “sobre os atos destinados a dar aplicação concreta ao que se contiver nas leis, em seus equivalentes constitucionais ou, como na espécie, em regramentos administrativos de conteúdo normativo [...]” ²⁸.

Mesmo quando a ação, como no exemplo acima, é acerca de Mandado de Segurança coletivo, inexistente à época da Súmula 266, vale-se o STF de sua

150276.>. Acesso em: 29 abr. 2018.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 266*. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=base Sumulas.>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança. MS 32809 AgR-DF*. Segunda Turma. Agravante: Associação dos Técnicos da Área de Auditoria e Fiscalização do Tribunal de Contas da União - Auditec. Brasília, 05 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045104>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

redação para não conhecer dos mandados de segurança contra ato normativo em tese.

3 CONCLUSÃO

Vê-se, portanto, que o STF possui entendimento pacífico acerca do não cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, uma vez que, aparentemente, não têm a possibilidade de acarretar lesão a direito líquido e certo.

Os julgados que fundamentam a súmula não se debruçam sobre o aspecto processual do cabimento, mas tratam da presumida ausência de ofensa direta a direito líquido e certo, por ato genérico.

Ocorre que, ainda que a súmula 266 seja medida compreensível no contexto do sistema difuso, em especial no que se refere ao mandado de segurança para tutelar direitos individuais, como visto em capítulo próprio, o ordenamento jurídico Brasileiro alterou-se profundamente em relação ao mandado de segurança, merecendo destaque, o surgimento do mandado de segurança coletivo.

Nesses termos, atos normativos genéricos, que, por exemplo, venham a alterar a denominação de cargos ou a proibir o exercício de uma profissão no futuro são inegavelmente atos dotados de eficácia imediata aptos a afetar direito subjetivo de uma coletividade definida. Seriam, portanto, plenamente impugnáveis por mandado de segurança coletivo, impetrado por grupo afetado, em que pese o caráter genérico e até mesmo abstrato da norma.

Portanto, a aplicação impensada da súmula 266 do STF para não conhecer do mandados de segurança que impugnam lei em tese, parecer ser contrária à própria previsão normativa do mandado de segurança.

Sob esse aspecto, outras cortes, como a Alemã, têm admitido a impugnação difusa e concreta de leis que venha a afetar direitos, quando não seria razoável aguardar a exaustão das instâncias²⁹.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Mostra-se, dessa forma, possível que haja uma superação da súmula 266 ou, ao menos, adote-se um *distinguishing* para afirmar que as leis que afetam posições jurídicas de forma imediata poderão ser impugnadas através do mandado de segurança coletivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Mandado de Segurança. MS 32809 AgR- DF*. Segunda Turma. Agravante: Associação dos Técnicos da Área de Auditoria e Fiscalização do Tribunal de Contas da União - Auditec. Brasília, 05 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7045104>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto Nº 50.123, de 26 de janeiro de 1961*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=472706&id=14299031&idBina_rio=15702429&mime=application/rtf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 10.287 - SP*. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil e outros. Relator: Ministro Ary Franco. Brasília, 27 de junho de 1963 de 1962. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83836>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 10.287 - SP*. Tribunal Pleno. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil e outros. Relator: Ministro Ary Franco. Brasília, 27 de junho de 1963 de 1962.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83836>>.

Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9077* – Tribunal Pleno. Impetrante: Dianda, Lopez & Cia. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

Brasília, em 23 de agosto de 1962. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83640>>.

Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 9973 - PE.*

Tribunal Pleno. Recorrente: Companhia Fiat Lux de Fósforos de Segurança.

Recorrido: Estado do Pernambuco. Relator: Ministro Victor Nunes. Brasília em 06 de setembro de 1962. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109133>>.

Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário. RE 51351.* Segunda

Turma. Recorrente União Federal. Recorrido: Panair do Brasil. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 29 de agosto de 1962. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=150276>>.

Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 266.* Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 629.* A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

O NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPCO DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA E OS REFLEXOS NO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

THE ATYPICAL LEGAL PROCEDURE BUSINESS OF THE RES JURIDICATA DESCONSIDERATION AND ITS REFLECTS ON THE LEGAL SECURITY PRINCIPLE

Leonardo de Araújo Vieira ¹

RESUMO

A coisa julgada é um instituto que garante a imutabilidade dos julgados não mais sujeitos à recursos e, portanto, assegura a finitude dos conflitos intersubjetivos. Essa autoridade está diretamente relacionada ao princípio da segurança jurídica, que respalda-se pela estabilidade e previsibilidade dos efeitos da sentença jurisdicional, e é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição de 1988. Os negócios jurídicos refletem a autonomia de vontades de partes para acordarem e, ao adentrar o campo processual, tratam de regulamentar o objeto em litígio ou em modificar o próprio procedimento. O negócio processual atípico que possibilita o acordo entre as partes para desconsiderar a preclusão da coisa julgada está fundamentado no artigo 190 do Novo Código de Processo Civil de 2015. Portanto, este artigo objetiva, por meio de revisão bibliográfica, analisar essa desconsideração negocial da coisa julgada sob o prisma do princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Princípio da segurança jurídica. Coisa julgada. Negócio jurídico processual.

ABSTRACT

The res judicata is an institute that guarantees the immutability of judges which are no longer subject to resources and, therefore, ensures the finitude of intersubjective conflicts. This authority is directly related to the principle of legal certainty, which is backed up by the the judicial decision's stability and predictability of the effects, and it is essential for the maintenance of the Democratic State of Law, established by the 1988 Constitution. The legal business reflects the autonomy of contracting, getting in the procedural field, it is a question of regulating the object in dispute or of modifying the own procedure. The atypical legal procedure that enables the deal between the parties to desconsider the claim preclusion is grounded in the article 190 of the New Civil Procedure Code of 2015.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e em Comunicação Organizacional pela Universidade de Brasília (UnB). Estudante de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília UniCEUB/ICPD. E-mail: araujovieira.leonardo@gmail.com.

Therefore, this paper aim to analyze, per bibliographical revision, this conventional desconsideration of the res judicata under the prism of the principle of the legal security.

Keywords: Principle of legal security. Res judicata. Legal procedural business.

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil de 2015 objetivou tornar a relação processual menos burocrática e mais participativa, de forma que as conciliações e formas pacíficas de solução de conflitos primasse, sempre que possível, sobre os litígios. Um dos institutos que foram privilegiados nessa ideia foram os negócios jurídicos processuais que conferem às partes, por vezes incluindo o juiz, o poder de acordarem sobre o objeto em litígio e mesmo sobre o procedimento.

O outro conceito essencial à compreensão do debate é o de coisa julgada, esta se dá pela sentença transitada em julgado e não mais sujeita à recurso. A autoridade da coisa julgada recai sobre as sentenças como uma forma de efetivar o princípio da segurança jurídica, conferindo estabilidade e confiança às decisões jurisdicionais.

O conflito ocorre quando o novo CPC de 2015, ao possibilitar às partes a negociação processual, inclusive sobre os pressupostos processuais, abre a oportunidade, teoricamente, para que a coisa julgada seja objeto desse acordo e capaz de ser ignorada para que uma nova solução viesse a ser buscada. Essa rediscussão da coisa julgada pode gerar a instabilidade das relações e a perpetuidade dos conflitos o que ameaça diretamente o Estado Democrático de Direito.

Essa indagação é analisada a partir da revisão bibliográfica, primeiramente, do histórico da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, com foco principal na evolução constitucional, seguida do conflito doutrinário sobre a relativização dessa. Em seguida, trata-se dos negócios jurídicos processuais, a classificação, a atipicidade e a validade destes. Por fim, realiza-se as considerações analíticas desta temática controversa.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA COISA JULGADA COMO REFLEXO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em prol de se buscar o bem-estar coletivo, os indivíduos cedem parte de sua liberdade para firmarem o contrato social, este é a base da sociedade. Contudo, apenas a reunião de pessoas com esse objetivo não basta, é necessário estabelecer uma forma de controle única para a qual todos devem subordinarem-se, surge, portanto, o Estado.

No ocidente, geralmente, os Estados organizam-se sob a supremacia de uma Constituição. No Brasil, a Magna Carta de 1988 decretou o Estado Democrático de Direito, que se expressa por meio de uma organização política em que o poder flui do povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos livre e periodicamente, por meio do sufrágio universal, direto e secreto. Explanada a democracia, o Estado de Direito garante aos seus cidadãos a prática efetiva de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Não há Estado Democrático de Direito se não houver estabilidade das relações. Sob uma ótica extremista, o contrato social não se sustenta sem haver uma resolução permanente e definitiva de eventuais conflitos. Essa solução acontece por meio do processo, instrumento do Estado acessível a todos com intento de manter a ordem constitucional e legal e promover a liberdade e a igualdade entre os indivíduos.

Independente do tempo decorrido por um processo, ele findar-se-á e assim, “é preciso, que, definido o litígio, ao veredicto dado se curvem os então litigantes”². Uma vez esgotadas as instâncias recursais e aplicado o direito ao caso concreto pelo poder jurisdicional, o embate deve resolver-se conforme o que foi sentenciado, inadmite-se que o mesmo caso seja julgado novamente de maneira diversa, pois ocasionaria uma instabilidade de posicionamento. Essa volubilidade desonra o Estado Democrático de Direito e poderia romper o pacto social.

² LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. A história da coisa julgada e sua desconsideração. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, ano 2, n. 3, jan. 2013, p. 4. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/oXXWLVIVn5r2h8o_2013-12-4-17-29-35.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

Dessa maneira, esta forma de Estado está intrinsecamente associada à segurança jurídica, ou seja, na capacidade dos indivíduos de acreditarem nas decisões públicas acometidas aos direitos resguardados e julgados sob as normas válidas e vigentes. A segurança jurídica ampara-se em dois conceitos, a estabilidade e a previsibilidade dos efeitos consequentes da sentença, estes concretizam-se na coisa julgada, no ato jurídico perfeito e no direito adquirido, sedimentados no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988.

A coisa julgada, não mais sujeita a recurso, é indispensável à proteção da paz social, então, deve ser resguardada e respeitada. Os efeitos de um julgado, ao fim de uma relação jurídica processual, devem ser imutáveis. E às partes resta a conformação com o desenredo estabelecido pelo Estado-juiz, em razão da coisa julgada que lhe confere imutabilidade (coisa julgada formal) e definitividade aos efeitos (coisa julgada material). Portanto, a coisa julgada é fundamental à estabilidade das relações intersubjetivas e, se não há Estado Democrático de Direito sem segurança jurídica, então também não o existirá sem a coisa julgada.

No histórico do direito positivo brasileiro, a segurança jurídica se faz presente desde a Constituição Imperial de 1824³ a qual vedava a retroatividade legal (art.179, III) e esse princípio perdurou na Constituição Republicana de 1891⁴ (art. 11, §3º). Conquanto, o termo “coisa julgada” aparece na Constituição de 1934⁵ (art. 113, item 3) e na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (art. 3º). Na Carta de 1937⁶, outorgada pelo Estado Novo, não abordou expressamente a proteção a coisa julgada ou a irretroatividade legal, porém permaneceu regulada em assento

³ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁴ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁵ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁶ BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

infraconstitucional, no artigo 6º da antiga Lei de introdução do Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁷

A promulgada Constituição de 1946⁸ reestabeleceu a defesa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e os imunizou de modificações oriundas de lei infraconstitucional (art. 141, § 3º). As três Cartas que sucederam a esta mantiveram a proteção à coisa julgada, estando hodiernamente sob o título “Dos direitos e garantias fundamentais”, no artigo 5º, inciso XXXVI.

Quanto a legislação processual, o CPC de 1939⁹ considerava nula a sentença que contrariasse a coisa julgada, cabendo ação rescisória (art.798, I), e autorizava o agravo àquela que julgasse improcedente a exceção de coisa julgada. No Código de 1973¹⁰, reservou-se toda uma seção ao tema (Livro I, Título VIII, Capítulo VIII, Seção II), onde a coisa julgada era fundamento para extinguir o processo sem julgamento de mérito (art. 267, V), defesa preliminar, no caso de ação idêntica anterior julgada em definitivo (art. 301, VI e §§ 1º a 3º), e causa de ação rescisória (art. 485, IV).

Não há dúvidas que a coisa julgada é uma qualidade da sentença não mais sujeita a recurso, e não um efeito desta, todavia, discute-se ainda a possibilidade de relativizar ou desconsiderar os resultados concretos – declaratórios, constitutivos ou condenatórios – de decisão acolhida pela coisa julgada. Para ilustrar, questiona-se a legitimidade da justiça ao fim de um processo no qual se tenha surgido fatos novos posteriores que constatem um equívoco no julgamento já proferido e que portanto estaria imutável devido à proteção da coisa julgada.

⁷ BRASIL. *Decreto-lei Nº 4.657 de 04 de setembro de 1942*. Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁸ BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁹ BRASIL. *Decreto-lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869/imprensa.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

2.1 A relativização da coisa julgada: um conflito doutrinário

Para os defensores da relativização, o argumento é que a coisa julgada não poderia prevalecer sobre a realidade e, portanto, o julgado deveria ser revisado a fim de que o novo veredito se aproximasse desses fatos e, conseqüentemente, da justiça. Para esses, a intangibilidade da coisa julgada somente haveria se compatível com a Constituição, caso contrário, valer-se-ia de revisão a qualquer tempo, por se tratar de coisa julgada inconstitucional. Caso ofenda alguma diretriz constitucional, a coisa julgada estaria contaminada de nulidade, destarte, não contar-se-ia prazos prescricionais ou decadenciais, por versar sobre matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer tempo.

Essa vertente expõe ainda que a proteção constitucional conferida no artigo 5º, XXXVI, resguardou a coisa julgada apenas quanto a irretroatividade de lei nova, que preceituasse de maneira contrária àquela em vigor à época do julgamento. Dessa forma, “apenas a lei não poderia desconsiderar a coisa julgada”¹¹. Em suma, a segurança e estabilidade conferidas pela autoridade da coisa julgada poderiam e deveriam ser ponderadas em hipóteses de transgressões à valores éticos e jurídicos, principalmente se constitucionais.

De maneira diversa, para a doutrina a favor da imutabilidade da coisa julgada, esta deveria considerar-se um subprincípio da organização do Estado de Direito e também configura uma garantia cidadã frente ao Estado, devendo ser relativizada unicamente aos casos previstos em lei. Nem mesmo o surgimento de novas técnicas probatórias seria capaz de atingir a coisa julgada pois poderia instituir extrema insegurança jurídica.

Esta corrente não compreende a coisa julgada como pertencente à esfera processual, seja pela interpretação literal ou extensiva do artigo constitucional supracitado, e sim como um direito fundamental que não poderia ser abolido ou modificado, sequer por emenda constitucional. Contra-argumentam ainda que os princípios da justiça, ética e moralidade, por serem bastante voláteis, não seriam

¹¹ LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. A história da coisa julgada e sua desconsideração. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, ano 2, n. 3, jan. 2013. p. 22. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/oXXWLVIVn5r2h8o_2013-12-4-17-29-35.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

suficientes para conflituarem com o fundamento pragmático-transcendental inerente à coisa julgada e, em visão mais ampla, à própria estabilidade do Estado Democrático de Direito.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3.1 As principais classificações dos negócios jurídicos processuais

O negócio processual é o fato jurídico voluntário no qual se concede ao indivíduo a capacidade de regulamentar, respeitando os contornos delimitados pelo ordenamento jurídico, determinadas situações processuais ou modificar o procedimento. E vale ressaltar que o de negócio jurídico vincula o órgão julgador, por tratar-se de uma fonte de norma jurídica processual ainda que convencional, e deve ser respeitada e cumprida, desde que seja válida. Dessa forma, o negócio jurídico processual não pode ser ignorado ao se tratar das fontes de norma jurídica processual.

Os negócios jurídicos processuais podem tratar tanto do objeto litigioso do processo quanto do próprio processo em si. Estes podem reorientar situações jurídicas processuais, tais como os ônus, os direitos e os deveres processuais, ou mesmo reestruturar o procedimento. Alguns negócios jurídicos processuais são considerados típicos, por exemplo, a renúncia ao prazo (art. 225 do CPC/2015), o adiamento negocial de audiência (art. 362, I, do CPC de 2015), a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º do CPC/2015), a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC/2015), a desistência ao recurso (art. 999 do CPC/2015), entre outros dispositivos previstos no próprio Código Processual¹².

Esses negócios classificam-se ainda em unilaterais, quando provenientes de uma única manifestação de vontade, a renúncia e a desistência, por exemplo, bilaterais quando houver o arbítrio de duas partes, como na suspensão convencional do andamento do processo ou na eleição negocial do foro, ou ainda plurilaterais se houver mais de duas vontades, como ocorre na sucessão processual voluntária (art.

¹² BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

109, CPC/2015) e, principalmente, considerando o foco deste estudo, nos negócios processuais celebrados com a cooperação do juiz.

Estes plurilaterais também podem ser típicos, tal qual a organização compartilhada do processo (art.357, § 3º do CPC/2015) e o calendário processual (art. 191 do CPC/2015), ou atípicos, como os acordos para realização ou ampliação do tempo de sustentações orais e as convenções sobre a redução de prazos processuais ou sobre a prova.

Explana-se ainda a classificação dos negócios expressos, bem como a eleição de foro, ou tácitos. Estes subdividem-se em comissivos, como a aceitação da decisão (art.1000 do CPC/2015) como um ato incompatível com o interesse de recorrer, ou omissivos, tal qual a não alegação de convenção de arbitragem. Contudo, destaca-se que o silêncio da parte, geralmente em situações previstas legalmente, pode significar também uma manifestação de vontade.

Em regra, os negócios jurídicos processuais dispensam a homologação judicial, indeclinavelmente, aqueles referentes à situações jurídicas processuais, por exemplo a desistência do recurso. De forma distinta, ao se tratar de alterações procedimentais, aquela pode ser necessária, como acontece na desistência do processo (art. 200, §1º CPC/2015). Importa mencionar que a homologação obrigatória, que deve necessariamente estar prevista em lei, não descaracteriza o ato como negócio, para isto basta o intento orientado à pratica de ato e à produção de efeito jurídico, mas impede que a produção dos efeitos, ou seja, é uma condição legal de eficácia do negócio jurídico processual.

3.2 Os negócios jurídicos processuais atípicos e a desconsideração da coisa julgada

O artigo 190 do CPC/2015 fundamenta o subprincípio da atipicidade da negociação processual que materializa o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo. O negócio processual atípico concerne à situações jurídicas processuais (ônus, faculdades, poderes e deveres), e também o próprio ato processual, podendo reordenar o desencadeamento dos atos ou as formas destes. Alguns exemplos são os acordos para aumentar ou reduzir os prazos, para superar a

preclusão, para ratear as despesas processuais, para retirar o efeito suspensivo da apelação, para limitar o número de testemunhas, entre outros.

Há a possibilidade de acordar a respeito dos pressupostos processuais, a depender da análise do direito positivo. Ilustra-se, na propositura de ação real imobiliária que depende do consentimento do cônjuge há um negócio processual sobre o pressuposto da capacidade processual. Argumentos doutrinários discorrem que:

Nada impede, também, que as parte acordem no sentido de **ignorar a coisa julgada** (pressuposto processual negativo) anterior e **pedir nova decisão sobre o tema**: se as partes são capazes e a questão admite autocomposição, não há razão para impedir – [...] a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada e julgado.¹³

Quanto às regras para exercer tais negociações, os artigos 190 e 200 do CPC/2015, conjuntamente interpretados, estabelecem o modelo a ser obedecido. O momento de celebração pode se dar antes, como em uma cláusula negocial processual de um contrato que regule um possível processo futuro, ou durante a litispendência, a depender do objeto negociado. Memora-se que a audiência de saneamento e organização (art.357, § 3º, CPC/2015) é um espaço conveniente para celebrar acordos processuais.

3.3 Os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais

Assim como todo negócio jurídico, os negócios processuais devem obedecer aos requisitos de validade – celebrados por pessoas capazes, possuir um objeto lícito e observar a forma prescrita ou não proibida legalmente. Caso algum desses seja desacatado, a nulidade poderá ser arguida de ofício ou a requerimento, conforme assegura o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015.

Mais especificamente, é necessária a capacidade processual negocial. Os incapazes somente podem celebrar os negócios processuais com a devida representação. E também o Poder Público e o Ministério Público, este mormente sob a natureza de parte, possuem capacidade para praticar negócios processuais. O

¹³ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 59-84, abr./jun. 2016. p. 67-68. (Grifo nosso).

parágrafo único supracitado menciona a incapacidade referente à vulnerabilidade, esta ocorre quando há disparidade entre as partes da relação jurídica, afetando a equidade de condições na celebração do negócio. Esta circunstância deve ser demonstrada concretamente para que a nulidade seja considerada.

À vista disso, esclarece-se que os negócios jurídicos processuais podem acontecer em processos trabalhistas ou consumeristas, no qual há sempre uma parte relativamente vulnerável. Para que aqueles sejam válidos, o órgão jurisdicional deverá averiguar as condições de igualdade ao momento da celebração. Por fim, quanto à esse pressuposto, notabiliza-se a ausência de assessoramento técnico-jurídico e os atos de poderes especiais elencados no artigo 105 do CPC/2015, fatores para os quais o juiz deve conferir atentamente a fim de evitar um quaisquer abusos no negócio processual.

No que tange ao objeto, frente à obscuridade na dogmática da negociação processual atípica, aponta-se algumas diretrizes facilitadoras. Primeiramente, avalia-se o consenso das partes, salvo alguma norma de interpretação restritiva, o negócio processual deve ser admitido. A negociação atípica somente pode ocorrer em casos que admitam a autocomposição, requisito objetivo previsto no art. 190 do CPC/2015. Ainda que incida sobre o objeto litigioso, frisa-se:

[...] é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais, ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução de mérito da causa. [...] Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.¹⁴

Aquilo que é aplicado à licitude do objeto dos negócios jurídicos privados praticar-se-á ao negócio processual. Portanto, somente negocia-se sobre comportamentos lícitos. Importa ainda aduzir que não é permitido negociar a ausência de representação advocatícia e também as partes não podem se autoatribuir a capacidade postulatória, caso não a tenham. Bem como há nulidade em negócio processual simulado, com respaldo no artigo 142 do CPC/2015, no qual o juiz deve obstar simulações e fraudes legais.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, ano 1. p. 59-84, abr./jun. 2016. p. 74.

Inadmissível é também o negócio processual que versa sobre matéria de reserva legal, como a tentativa de criação de um recurso que desconsidera a regra da taxatividade prevista no art. 994 do CPC/2015, outrossim aquele que afaste disposição processual que defenda direito indisponível. E por último, é ilícito acordo de segredo de justiça pois, ressalvadas as exceções constitucionais, o princípio da publicidade vigora no Direito Processual.

A legitimação dos negócios processuais atípicos libertou estes da forma, ou seja, podem ser orais ou escritos, expressos ou tácitos, em documento extrajudicial ou declarado em mesa de audiência, entre outras formas. Porém, alguns casos excepcionais devem seguir a disposição legal, como a convenção de arbitragem, por exemplo. É pertinente lembrar que além das nulidades oponíveis, os vícios de vontade podem contaminar a validade desses negócios.

Explana-se outros pontos significantes, os negócios processuais atípicos produzem efeitos imediatos, exceto se condição ou termo houver sido acordada. Caso não observe qualquer defeito, o juiz não poderá recusar executar o negócio processual. Ademais, primariamente, da decisão judicial que recusa ou não homologa o negócio não caberia agravo de instrumento, porém com base em interpretação análoga do artigo 1.015, III, do CPC/2015 que admite este recurso na recusa da convenção arbitral, aquele passa a ser aceito nos casos mencionados.

Nos negócios processuais bilaterais, vigora o princípio da irrevogabilidade, salvo disposição legal ou convencionada contrária. É permitido o distrato processual, uma vez que as partes que firmaram o negócio são aptas voluntariamente de desfazerem-no, contudo, se for o caso de um negócio homologado por juiz, este deverá anuir o distrato almejado. Outra hipótese é notável, em caso de uma excessiva onerosidade superveniente à pactuação do negócio de execução diferida justifica sua resolução ou revisão.

No caso de inadimplemento de alguma prestação estabelecida por negócio processual, esse deve ser requerido pela parte contrária no primeiro momento em que puder objetá-lo, sob pena de preclusão. No caso desse descumprimento, autoriza-se a execução do que foi pactuado, por meio de petição simples, no bojo do próprio processo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil de 2015 conferiu vários avanços à prática processual brasileira e os negócios jurídicos processuais foram uma maneira de repensar o processo e, em determinados casos, tornar o juiz uma parte de poderes mais equivalentes ao das partes litigantes. Conforme explanado, a coisa julgada é um instituto que garante a finitude dos conflitos e a estabilidade das sentenças, após o trânsito em julgado, traduzida no princípio da segurança jurídica, e assim, está relacionada à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o artigo 190 do CPC/2015 dispôs a possibilidade da realização dos negócios processuais atípicos, ou seja, que não teriam a forma específica em lei, e valer-se-iam da autonomia de vontade dos acordantes, atentando-se ao requisito da necessária possibilidade de autocomposição. Frente à isso, eleva-se a possibilidade das partes negociarem em ignorar a coisa julgada e buscarem uma nova resolução do conflito.

O conflito doutrinário sobre a temática da relativização da coisa julgada aponta, em defesa desta, a revisão de decisões injustas ou de valores éticos corrompidos a aproximariam de uma justiça fidedigna à realidade e, desta forma, seriam mais significativas ao Estado Democrático que as atacadas decisões estáveis, porém desleais. Os que defendem a solidez da coisa julgada, acreditam que os valores de justiça, ética e moral são subjetivos e modificáveis com o tempo e circunstâncias, portanto, a rediscussão de sentenças transitadas em julgado por esse critério, reabriria a perpetuidade do conflito, colocando em risco o Estado de Direito.

Ao analisar os requisitos e as classificações dos negócios jurídicos processuais, com o foco na desconsideração da coisa julgada, compara-se, inicialmente, esta à desistência do processo que necessita da homologação judicial para ser efetivada, conforme o artigo 200, § 1º do CPC/2015 e o artigo 485, § 5º, do mesmo código, corrobora que a desistência somente poderá ser apresentada até a sentença. Nessa visão, seria inviável realizar o negócio jurídico para ignorar a coisa julgada, pelo momento inoportuno e sem a participação do juiz.

Outra reflexão é oportuna, ao movimentar o Poder Judiciário, há todo um custo de recursos financeiros e humanos para realização do processo, além do enorme contingente de processos que tem a celeridade afetada a partir da demanda de mais uma proposta. Tratar a coisa julgada como um bem capaz de ser ignorado ao bel-prazer das partes, seria desprestigiar todo o valor do Poder Judiciário e, sob uma ótica mais ampla, a dignidade da justiça. Assim, acredita-se que a aplicação de multas ou indenizações para aqueles que desejassem pactuar tal negócio processual seria tão válida quanto àquelas previstas no artigo 777 do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 4.657 de 04 de setembro de 1942*. Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. *Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. *Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, ano 1, p. 59-84, abr./jun. 2016.

LEAL, Fabio Resende; SAPELI, Aline Mayara. A história da coisa julgada e sua desconsideração. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, ano 2, n. 3, jan. 2013. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/oXXWLVIVn5r2h8o_2013-12-4-17-29-35.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

O AGRAVO DE INSTRUMENTO: APONTAMENTOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS HIPÓTESES DE TAXATIVIDADE DO ART. 1015

THE INSTRUMENT AGREEMENT: APPOINTMENTS IN THE LIGHT OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCESS AND THE HYPOTHESES OF TAXABILITY OF ART. 1015

Estefania da Fontoura Martins¹
Nanci Soares de Carvalho²

RESUMO

Este artigo visa refletir sobre a recorribilidade das decisões interlocutórias à luz do Novo Código de Processo Civil, a partir do cotejo doutrinário e jurisprudencial, considerando a lógica do sistema judicial brasileiro. Pondera-se, neste estudo, sobre a interposição do Agravo de Instrumento e a perspectiva de análise do Superior Tribunal de Justiça quanto à interpretação extensiva ao disposto no artigo 1015, do Código de Processo Civil de 2015, e seus incisos. Confrontado ao caso concreto.

Palavras-chave: Agravo de Instrumento. Rol taxativo do art. 1015. Interpretação extensiva.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the recurrence of interlocutory decisions in light of the New Code of Civil Procedure, based on the doctrinal and jurisprudential comparison, considering the logic of the Brazilian judicial system. It is considered in this study on the filing of the Instrument of Appeal and the analysis of the Superior Court of Justice regarding the interpretation extended to the provisions of article 1015 of the Code of Civil Procedure of 2015 and its subsections. Confronted to the concrete case.

Keywords: Instrumentality. Taxative Art. 1015. Extensive interpretation.

¹ Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

² Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1 INTRODUÇÃO

O Agravo de instrumento, recurso que incorporamos das ordenações portuguesas, é o adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente definidas em lei. Compreendendo-se decisões interlocutórias como aquelas decisões proferidas pelo juiz que resolvem questões incidentais, mas que não implicam na extinção do processo.

Assevera Donizetti³, por exclusão, a decisão interlocutória, na inteligência do art. 203, §2º, CPC/2015, é toda decisão que não se enquadre no conceito de sentença e não ponha fim ao processo.

Sinaliza Araujo Júnior⁴, que o agravo é recurso cabível, à luz da legislação, contra decisão judicial que não ponha fim à fase cognitiva do procedimento comum e nem extinga a execução, em qualquer tipo de processo e procedimento – seja processo de conhecimento, comum, especiais e de jurisdição voluntária.

Em que pese o Agravo de Instrumento ser o decano no sistema de recorribilidade pátrio pode-se observar, em breve *aperçu* de sua evolução e aplicabilidade, que ainda é um recurso em construção, haja vista as inúmeras modificações sofridas a partir de sua formatação inicial.

Desta forma, considerando a relevância das legislações progressas, vale a pena salientar, em um breve resgate histórico, quanto à recorribilidade das interlocutórias, os caminhos percorridos para esta construção.

Nesta perspectiva, disciplinava o Código de Processo Civil de 1939⁵, e alterações posteriores, em seu Título IV, artigos 841 a 844, quanto ao cabimento do recurso de agravo que:

Art. 841. Os agravos serão de instrumento, de petição, ou no auto do processo, podendo ser interpostos no prazo de cinco (5) dias (art. 28).

³ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 414.

⁴ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática do recurso de agravo: doutrina, modelos e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1939. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões:

- I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;
- II, que julgarem a exceção de incompetência;
- III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;
- IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem;
- IV - que receberem ou rejeitarem “in limine” os embargos de terceiro.
- V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade,
- VI, que ordenarem a prisão;
- VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;
- VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;
- IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;
- X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo;
- XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens;
- XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;
- XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;
- XIV, que julgarem, ou não, prestadas as contas;
- XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;
- XVI, que negarem alimentos provisionais;
- XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, sub-rogação ou arrendamento de bens.

Art. 843. O agravo de instrumento não suspenderá o processo.

§ 1º O recurso interposto do despacho referido no nº V do artigo anterior suspenderá apenas a obrigação do pagamento das custas.

§ 2º Nos casos previstos nos ns. VI, XI e XVII, o juiz suspenderá o processo, si não puder suspender apenas a execução da ordem.

§ 2º Nos casos previstos nos nº VI, salvo se se tratar de decisão proferida em pedido ou execução de alimentos, XI e XVII, o Juiz suspenderá o processo se não puder suspender apenas a execução da ordem.

Art. 844. O agravo de instrumento será interposto por petição, que conterá:

- a exposição do fato e do direito;
- as razões do pedido de reforma da decisão;
- a indicação das peças do processo que devam ser trasladadas.

Já, na sistemática instaurada pelo Código de Processo Civil – CPC - de 1973⁶, consideradas as alterações posteriores, em seu Capítulo III, dispõe o art. 522: O Agravo é o recurso cabível para a impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória.

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo.

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

§ 2º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

§3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante

§ 4º Revogado pela Lei nº 11.187, de 2005

Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:

- a exposição do fato e do direito;
- as razões do pedido de reforma da decisão;

⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

- o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

- obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

- facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.

§ 1º Acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais.

§ 2º No prazo do recurso, a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local.

A perspectiva do Código de 1973, em que pese a conjuntura político-sócioeconômica vigente à época, é de caráter democrático e repudia a taxatividade do Código de 1939. Ele traz no seu bojo o cabimento do recurso de agravo como forma de impugnar qualquer decisão interlocutória.

O Código Buzaid adotou, como regra, o princípio da correspondência, ainda em vigor no atual código, pelo qual o sistema de recurso prevê, para cada espécie de decisão judicial, o cabimento de um recurso correspondente. Nesta percepção, da sentença cabe apelação, da decisão interlocutória cabe agravo de instrumento.

2 O AGRAVO DE INSTRUMENTO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NCPC

Com o Novo Código, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁷, alterado pela Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016⁸, inaugura-se uma nova lógica ao regime das decisões interlocutórias. Importantes alterações no que tange à possibilidade de interposição de recursos contra as interlocutórias, *vis a vis* à sistemática processual anterior, foram realizadas.

⁷ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 2015*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.256, de 2016*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Em primeiro lugar, põe-se fim ao denominado Agravo Retido, que por força da Lei nº 11.187, de 2005⁹, que altera o art. 522, *caput*, do CPC, de 1973, passou a ser regra da sistemática recursal do agravo.

Com a supracitada alteração na sistemática dos agravos, o de instrumento restou reservado às decisões que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação ou, ainda, quando da inadmissão da apelação, ou dos efeitos oriundos de apelação admitida.

Em segundo lugar, as decisões interlocutórias passam a ser tratadas em um rol específico, que dispõe sobre quais as decisões podem ser objeto de Agravo de Instrumento. O Código de 2015, instaura outra lógica quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias. Ou elas são recorríveis ou não o são.

Nesta perspectiva, somente poderão ser agraváveis na via instrumental aquelas decisões incidentais que estejam sob o manto do art. 1015, denominado pela doutrina de rol taxativo, além daquelas hipóteses expressamente previstas alhures. Seja no próprio Código ou em legislação especial.

Vale ressaltar, como contribuição desta nova lógica recursal a alteração ocorrida no regime de preclusão das decisões interlocutórias.

Nesta nova ótica todas as interlocutórias são, em princípio, impugnáveis. Posto que, aquelas decisões que não forem contempladas pelo rol do art. 1015, poderão ser impugnadas por meio da apelação, que tradicionalmente é o recurso cabível para modificar a sentença. Ou, ainda, nas contrarrazões segundo o disposto no art. 1009, §1º, do referido diploma legal.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

⁹ BRASIL. *Lei nº 11.187, de 2005*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Por óbvio, a impugnação não será imediata, a parte deverá suportar os efeitos da decisão até que se sobrevenha a sentença e, só aí, estar apto a apelar da sentença prolatada e das decisões interlocutórias que contradizem seus interesses.

Porém, ao postergar a recorribilidade das interlocutórias não agraváveis para o momento da interposição do recurso de apelação ou de suas contrarrazões o novo código inviabiliza ao juiz de primeiro grau o exercício do juízo de retratação.

Em síntese, a depender das características da decisão interlocutória dois cenários recursais se apresentam: o da recorribilidade direta no Tribunal com o ônus para o recorrente; e, o da recorribilidade postergada após prolação da sentença.

Para alguns doutrinadores, a ideia é preservar a dinâmica do processo, permitir que ele flua sem grandes percalços, reservando à impugnação para o momento final. Momento em que será realizada de uma só vez, mas ressaltando as hipóteses elencadas no rol do artigo 1015.

3 DA QUESTÃO DA TAXATIVIDADE DO ARTIGO 1015 NO NCPC

O diploma legal, em seu artigo 1015, e incisos, é claro quanto às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- tutelas provisórias;
- mérito do processo;
- rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- exibição ou posse de documento ou coisa;
- exclusão de litisconsorte;
- rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

- (VETADO);
- outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Observe que o rol taxativo estabelecido no artigo prevê, no inciso XIII, a possibilidade outros casos de cabimento de agravo de instrumento. Além das quatro outras possibilidades de interposição elencadas no parágrafo único.

Alguns doutrinadores, porém, ao analisarem o referido inciso XIII, consideram o rol do art. 1015 exemplificativo em função de sua disposição: “*outros casos expressamente previstos em lei*”. Mas, esta não parece ser uma cláusula de abertura ao contrário restritiva.

Contrário senso, para o legislador, no novo código, são doze as hipóteses de cabimento para a interposição do agravo de instrumento previstas, nos incisos, no parágrafo único do dispositivo, mais outras casos previstas em lei. Casos estes que o Código traz apenas duas hipóteses: a) a que trata do sistema de precedentes, aborda a questão da petição do *distinguishing* conforme o §13, do art.1037 e, b) a que trata do julgamento parcial de mérito segundo o prevista no art. 354, parágrafo único c/c art. 356, §5º, do CPC 2015.

O Código, na primeira hipótese, fora do rol do art. 1015, prevê a possibilidade de a parte apresentar pedido de distinção quando tiver seu processo em primeira instância suspenso por ter sido afetado por Recurso Repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, ou por Repercussão Geral, no Supremo Tribunal Federal. Desta decisão cabe agravo de instrumento.

O pedido de distinção informará ao juiz que seu pedido, causa de pedido e partes são diferentes do processo Representativo eleito para o sistema dos precedentes nos referidos tribunais.

A outra hipótese ocorrerá quando o Novo Código permite o fatiamento do processo conforme os pedidos, em capítulos da sentença. O juiz, nestes casos, ao decidir decide o mérito, é um julgamento definitivo. Esta decisão se não for recorrida transita em julgado, cabendo Ação Rescisória e a execução é definitiva.

Para tal, prevê o inciso II, do art.1015, que a decisão interlocutória que versar sobre mérito do processo é agravável por instrumento.

Assim dispõe a Lei:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - **agravo de instrumento**, se o processo estiver em primeiro grau;

Para Câmara¹⁰, só serão impugnáveis por agravo de instrumento aquelas decisões interlocutórias prolatadas por juízo de primeira instância que possam ser enquadradas em alguma das hipóteses enumeradas nos incisos do art. 1015, ou que seja declarada agravável em alguma outra disposição legal.

Desta forma, comparando decisões interlocutórias que defiram ou indefiram a antecipação de tutela e a produção de determinada prova ter-se-á, segundo a norma, a seguinte solução: i) quanto à antecipação da tutela esta poderá ser objeto do agravo de instrumento com fundamento no inciso I, do art.1015; ii) já a decisão que defira ou indefira a produção de prova não poderá ser impugnada pela via do agravo de instrumento por ausência de previsão no rol do 1015.

Vale lembrar que nas hipóteses de julgamento parcial do processo – quando do julgamento conforme o estado do processo, nas hipóteses dos artigos: 354, parágrafo único, e 356, §5º, de natureza mista, a sentença encerra parte do processo e outra continua, o recurso cabível contra as sentenças parciais é o agravo de instrumento. A saber:

Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485* e 487**, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 527.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que **será impugnável por agravo de instrumento**.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo **é impugnável por agravo de instrumento**

* Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

- indeferir a petição inicial;
- o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;
- verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
- homologar a desistência da ação;
- em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
- nos demais casos prescritos neste Código.

** Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- homologar:
 - o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - a transação;
 - a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Doutrina e jurisprudência suscitam a controvérsia quanto a taxatividade da sistemática atual. Há os que advogam pela não taxatividade do rol, sendo possível a interposição do agravo de instrumento em outras situações. Como também há os que defendem a possibilidade da interpretação ampliada do rol.

Para parte da doutrina, no dizer de Notariano Júnior¹¹, o entendimento é de não taxatividade do rol, ou ainda, se o for que cada um dos seus incisos e parágrafo único admita ampliação para hipóteses correlatas.

Em um caso emblemático, o REsp. 1.679.909/RS¹², da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sinaliza a possibilidade da interpretação extensiva.

A controvérsia do caso de origem discutia a admissibilidade do recurso de agravo de instrumento contra decisão que rejeitou a exceção de incompetência oposta nos moldes no CPC/73 e julgada na vigência do atual diploma.

No julgado, o Superior Tribunal de Justiça conhece e admite a interposição de recurso de agravo de instrumento para hipótese diversa das do rol do 1015. Entende a Corte então que ao inciso III do artigo 1.015, do CPC/2015 é possível a aplicação de interpretação extensiva ou analógica.

Assim, dispõe a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE

REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA**

DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015.

É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (tempus regit actum), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não

¹¹ NOTARIANO JÚNIOR, Antonio; BRUSCHI, Gilberto. *Agravo contra as decisões de primeiro grau: de acordo com as recentes reformas processuais e com o CPC/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

¹² BRASIL. REsp. 1.679.909/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ.

No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo.

A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.

Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

Recurso Especial provido.

Nesse mesmo sentido, outra questão semelhante foi objeto de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, da 2ª Turma, na relatoria do Ministro Herman Benjamin, que dá provimento à impugnação e considera a interposição do agravo de instrumento contra decisão que afastou a arguição de prescrição e decadência.

PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

É certo que as hipóteses de Agravo de Instrumento trazidas pelo CPC de 2015 são taxativas, mas também é certo que o exegeta pode valer-se de uma interpretação extensiva.

A decisão sobre prescrição e decadência é, consoante o art. 487, II, de mérito, não havendo razão para somente permitir a interposição de Agravo de Instrumento da decisão que reconhece os dois institutos.

É inadequada a preclusão prematura da decisão que afasta as prejudiciais de mérito elencadas na contestação, razão pela qual, por meio de **interpretação extensiva, deve-se reconhecer a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento** nesses casos, ou mesmo por interpretação literal, diante do teor do art. 1.015, II, do CPC.

Recurso Especial conhecido e provido.

Porém, outros Tribunais, em julgamentos isolados, já tinham admitido a interpretação extensiva do artigo 1.015 do CPC/2015, nos casos em que a controvérsia era sobre a admissibilidade do recurso de agravo de instrumento contra decisão que rejeitou a exceção de incompetência oposta nos moldes no CPC/73 e julgada na vigência do atual diploma, dentre eles destacam-se os seguintes:

O Tribunal de Minas Gerais - TJ-MG, com os seguintes julgados: AI 1.0024.12.223922-1/001, da relatoria do Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª CC, j. em 15/9/0016, p. 19/9/2016. No mesmo sentido: AI 1.0452.16.001577-5/001, relatoria do Des. Elias Camilo, 3ª CC, j. 13/9/2017, p. 10/10/2017.

O Tribunal do Rio Grande do Sul - TJ-RS, no julgado: AI 0190719-36.2017.8.21.7000. Relatoria. Tasso Caubi Soares Delabary, 9ª CC, j. 27/9/2017. Distrito Federal - TJ-DF. AI 20160020344135AGI, relator. James Eduardo Oliveira, 4ª T Cível, p. DJE: 17/11/2016., Tribunal Regional Federal, da 2ª Região, no julgado, AI 0003223- 07.2016.4.02.0000. Relatoria. Des. Fed. Luiz Antonio Soares.

Na visão de Wambier¹³, a opção pela restrição ao cabimento do agravo de instrumento, pelo legislador de 2015, contribuirá para a ampliação do uso do Mandado de Segurança contra atos do juiz, o que era raro à luz do CPC de 1973. Mas no novo sistema recursal há hipóteses que não são abarcadas pela disciplina do agravo de instrumento, e que não podem aguardar até a solução da apelação.

Das situações não contempladas no art. 1015 do CPC/2015, que têm urgência na reforma e não podem aguardar, sob pena de violação ao amplo acesso à justiça, de previsão constitucional (art. 5º, inc., XXXV, CRFB/1988)¹⁴ e ao duplo grau de

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*, de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 549-550.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

jurisdição, são exemplos as decisões que versem sobre: o indeferimento da prova; indeferimento de incompetência relativa; e, admissão de litisconsorte.

Argumentam os que defendem a interpretação expansiva, que a urgência e/ou relevância destes casos não estão no rol do dispositivo, mas não podem aguardar por futura apelação.

Desta forma, se há no sistema mecanismo previsto para satisfazer a demanda, no caso o agravo de instrumento, por que não ampliar as suas hipóteses de incidências ao invés de suportar, por vezes, o inadequado uso do mandado de segurança.

Neste sentido, assevera Franzé¹⁵, deve ser dada interpretação conforme ao art. 1015, do CPC 2015, para que seja cabível agravo de instrumento quando impugnar qualquer decisão interlocutória cujo reexame seja urgente e/ou relevante, independente de estar contemplado no rol ou não.

Da aplicabilidade do art. 1015, inc. VII do Novo Código de Processo civil, de relevante interesse nesta análise, salienta Câmara¹⁶, admite-se o agravo contra decisão que determina a exclusão do litisconsórcio. E esta não põe fim ao processo, mas somente à ação em relação a um dos litigantes.

4 DO CASO CONCRETO

CASE QUANTO À APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ESPECIFICAMENTE O INCISO VII

Em 17 de abril de 2009, na Comarca de Fortaleza, no Estado de Ceará, foi ajuizada ação Ordinária de cobrança, cujo objeto é a renovação do contrato de seguro nos termos originais, com pedido de antecipação de tutela.

A Requerente, pessoa física, ajuizou ação contra a pessoa jurídica da Corretora de Seguros, não atentando para ajuizar ação contra a Seguradora, parte legítima para figurar no polo passivo.

¹⁵ FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. *Agravo e o novo Código de Processo Civil*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 227-228.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 527.

O pedido de tutela não foi apreciado naquele momento, sendo ordenada a citação da Requerida.

Ao contestar a ação, a Ré requereu que fosse concedido prazo à Autora para que ela, caso quisesse, requeresse a citação da litisconsorte necessária, sob pena de ineficácia da futura sentença, neste caso, pela não citação da Seguradora.

Instada a apresentar réplica, a Requerente admitiu que, razão tinha a Requerida quanto à necessidade de a Seguradora integrar o polo passivo da ação na condição de litisconsorte necessária, requerendo por fim sua citação. O pedido foi formulado nos autos em 26 de abril de 2010, na égide do antigo Código de Processo Civil.

O processo foi concluso e não houve a decisão acerca do pedido de citação do litisconsorte necessário, e os autos foram convertidos ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, ou seja, tornou-se um processo eletrônico, permanecendo neste trâmite de 03/11/2014 à 06/05/2015.

Após, o processo foi distribuído automaticamente, e o Meritíssimo Julgador a *quo* exarou a seguinte decisão: “Tendo em vista que as questões tratadas nestes autos são plenamente passíveis de comprovação pela via documental, a qual já deve instruir a petição inicial e a contestação, ex vi do artigo 434 do Código de Ritos e, assim, anunciar o julgamento do feito no estado em que se encontra”.

Como não houve manifestação do Douto Julgador acerca dos pedidos de litisconsorte passivo necessário, tanto pela Requerida quanto pela Autora, a Ré protocolizou tempestivamente petição em 19/03/2018, reiterando o pedido, ou ainda, que a petição fosse recebida como Embargos à Declaração tendo em vista a omissão apontada. Do feito, ainda não houve a decisão quanto ao pedido de citação da Litisconsorte Necessária. Destaca-se ainda a importância da Litisconsorte Passiva Necessária para: senão excluir a Corretora do polo passivo da ação, dividir a solidariedade em eventual condenação, diminuindo, assim, o prejuízo da Corretora.

As expectativas:

– Que o MM. Juízo chame o feito à ordem para mandar citar a Litisconsorte Passiva Necessária, sendo o processo retirado da conclusão para a sentença, e dado seguimento à instrução;

– Que o MM. Juízo indefira o pedido de citação da Litisconsorte Passiva Necessária, operando a problemática:

a) Se enquadrar no inciso VII do artigo 1015 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- tutelas provisórias;
- mérito do processo;
- rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- exibição ou posse de documento ou coisa;
- exclusão de litisconsorte;
- rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- (VETADO);
- outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (grifos nossos)

Neste caso haverá a interposição de Agravo de Instrumento para reverter a decisão interlocutória exarada.

b) Não se enquadrar no inciso VII do artigo 1015 do Novo Código de Processo Civil, sendo necessário, nesse caso a interposição de apelação pela Requerida, para que seja o feito retorne ao *status quo* para que seja citado o Litisconsorte Passivo Necessário, que é a intenção de ambas as partes.

O problema cinge-se desta forma na interpretação do inciso VII do artigo 1015 do Código de Processo Civil. **O Agravo de Instrumento é cabível contra decisão que rejeita pedido de inclusão de litisconsorte passivo necessário?**

Pondera-se, neste caso, que a não aplicabilidade do art. 1015, inc. VII do Novo Código de Processo civil desencadeará em ineficácia caso haja uma eventual necessidade de apelação, pois, a medida será tardia para o fim a que se destina, e será completamente inócua quanto aos efeitos imediatos.

5 CONCLUSÕES

O Novo Código implementou relevantes alterações, sobretudo no que diz respeito ao tratamento das interlocutórias passíveis de recurso. Nesta nova concepção todas as decisões interlocutórias são impugnáveis, porém nem todas são agraváveis pela via instrumental. Isto é, apenas as decisões interlocutórias previstas no rol do art. 1015, mais outras casos previstas em lei podem ser objeto de agravo de instrumento.

Reafirmando, os casos para os quais o Código prevê duas hipóteses: a) a que trata do sistema de precedentes, aborda a questão da petição do *distinguishing* conforme o §13, do art.1037 e, b) a que trata do julgamento parcial de mérito segundo o prevista no art. 354, parágrafo único c/c art. 356, §5º, do CPC 2015.

Esta alteração na dinâmica procedimental, de certa forma, resgata a taxatividade anteriormente prevista no Código de 1939, em seu artigo 842, que em material recursal apresentava o rol das hipóteses possíveis à interposição do agravo de instrumento.

Já as decisões interlocutórias cujo procedimento impugnatório, do Novo Código, não prevê a possibilidade do agravo de instrumento foram postergadas para o momento da apelação ou da apresentação das contrarrazões. A ideia é fazer com que o processo prossiga de forma dinâmica e a impugnação seja realizada de uma vez ao final.

Porém, ao postergar a recorribilidade das interlocutórias para o momento da interposição do recurso de apelação ou da manifestação em contrarrazões,

inviabilizará ao juízo de primeiro grau o exercício do juízo de retratação. O que, por vezes, em nome da economicidade processual seria desejável.

Nesta sistemática recursal tal juízo resta prejudicado pois inexistem razões expostas nos autos que justifiquem o seu convencimento e nem mesmo a parte está segura se irá ou não interpor apelação ou contra razoar.

Para os defensores da taxatividade, como ressalta Wambier¹⁷, o jurisdicionado deve ter confiança nas decisões proferidas pelo juízo e para tal a coerência é requisito crucial.

Evitar decisões assimétricas sobre questões equivalentes deve ser o objetivo perseguido. E para tanto a defesa da taxatividade do rol do art. 1015, do CPC/2015 é defensável se o que se almeja é uma maior segurança jurídica, isonomia e tranquilidade social *vis à vis* às decisões judiciais.

Vale ressaltar a consagração do princípio da supremacia do julgamento de mérito instaurado nesta reforma. Sobretudo nas hipóteses previstas nos artigos: 354, parágrafo único, e 356, §5º, do CPC/2015, de natureza mista, quando há sentença que encerra parte do processo e outra continua.

Mas o que fazer no silêncio da lei?

Diversos doutrinadores, frente à problemática das decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento advogam o manejo do Mandado de Segurança como recurso cabível. Entendem que esta decisão poderá ser impugnável por Mandado de segurança contra ato judicial.

Já, para outros doutrinadores não é cabível o Mandado de Segurança em razão do art. 1009, do CPC/2015, que afirma ser a apelação por excelência o recurso contra essas interlocutórias.

Porém, um sistema recursal em construção/novo pode não apresentar todas as respostas, neste caso o Mandado de Segurança teria o papel de recompô-lo, de cobrir

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*, de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 549-550.

suas deficiências. Até mesmo quando o recurso é previsto mas não tutela de forma eficiente e eficaz o interesse da parte.

Na construção do Novo Código o legislador procurou, com base na prática dos tribunais sob a égide do Código anterior, aprimorar o sistema recursal brasileiro, sobretudo o da recorribilidade das interlocutórias. Mas, a riqueza das situações surgidas, na rotina do foro, pode extrapolar a criatividade. O que pode levar ao maior uso do Mandado de Segurança como ultima alternativa.

Tanto a doutrina quanto as próprias decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e/ou alguns Tribunais Regionais e o Tribunal Federal da 4ª Região, ao julgar o caso concreto deixa claro que o tema não é pacífico.

Desta forma, entendendo que o Direito resulta da integração entre Lei, Jurisprudência e Doutrina. O importante é saber o que os Tribunais entendem com base na doutrina a respeito da lei.

Pelo exposto, ponderadas as reflexões postas, consideramos que o abrangente e complexo sistema recursal brasileiro quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias ainda carece de aperfeiçoamento.

Da situação fática em análise, páginas 14 a 16, conclui-se que a não aplicabilidade do art. 1015, inc. VII do Novo Código de Processo civil desencadeará em ineficácia caso haja uma eventual necessidade de apelação, pois, a medida será tardia para o fim a que se destina, e será completamente inócua quanto aos efeitos imediatos.

É crível argumentar que o processo sofrerá um retrocesso gigantesco, se avaliada a volta do andamento ao estágio de citação. Os demais atos serão anulados, e o feito demorará o dobro do tempo que estava previsto tramitar.

Todos saem perdendo: as partes, à exceção por óbvio do litisconsorte passivo necessário, o Poder Judiciário, a tão almejada justiça e aplicabilidade capenga do direito.

As leis vêm ou deveriam vir para socorrer de forma hábil e completa as demandas apresentadas pelos mesmos homens que tem que obedecê-las. Ineficazes ou tardias não tem valor algum, pois serão responsáveis inclusive pelo agravamento

de situações que poderiam ter sido resolvidas de forma mais simples. A complexidade nem sempre é sinal de perfeição.

De outra banda, sendo o rol manifestamente taxativo do Mandado de Segurança, é notório que o mandado de segurança é concebido em excepcionalidade pelos *Tribunais ad quem*. Assim é forçoso reconhecer que a utilização do Mandado de Segurança como via alternativa para atacar decisões desfavoráveis é estritamente restrita a duas situações muito excepcionais: ou decisões manifestamente ilegais ou teratológicas (decisões absurdas).

Neste sentido é inegável que a escolha do Legislador ao restringir o cabimento do Agravo de Instrumento em face das decisões interlocutórias do Juízo *a quo*, além de não conseguir dimensionar de modo satisfativo todas as decisões que podem vir a anular uma sentença, provando retrabalho, irá massificar de forma desordenada a impetração de mandados de segurança.

Na mesma seara da corrente que defende o rol taxativo sem possibilidade de interpretação da norma, existe o entendimento que o rol do artigo 1015 comporta sim, interpretação extensiva para situações semelhantes àquelas elencadas. Tal entendimento mais uma vez coaduna com a resistência do uso indiscriminado do Mandado de Segurança.

Neste sentido, tem-se como exemplo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça através do REsp 1.679.909, que autoriza Agravo de Instrumento sobre decisão interlocutória que verse sobre competência, por aplicação de analogia do artigo 1015, III do Código de Processo Civil. Porém isso ainda é absoluta exceção, e pode causar impacto no ordenamento Jurídico, entre eles a insegurança jurídica.

Nesta ótica, nada mais salutar que uma alteração legislativa, amparada principalmente em dados empíricos para avaliação de realidade, para a dosimetria de extensão do Agravo de Instrumento para abranger decisões inoportunas.

Essas são algumas das possíveis reflexões, à luz do Novo Código, sobre a decisão interlocutória proferida ao longo do processo de reconhecimento e sua recorribilidade.

Por fim, resguardar a coesão das decisões emanadas do juízo e garantir a segurança jurídica deve ser o objetivo maior. E a aplicação uniforme das decisões para além de um direito do jurisdicionado é o caminho a ser trilhado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. *Prática do recurso de agravo: doutrina, modelos e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1939. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 2015*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.256, de 2016*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *REsp. 1.679.909/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018. BRASIL. *Lei nº 11.187, de 2005*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. *Agravo e o novo Código de Processo Civil*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

NOTARIANO JÚNIOR, Antonio; BRUSCHI, Gilberto. *Agravo contra as decisões de primeiro grau: de acordo com as recentes reformas processuais e com o CPC/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro, de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E SUA VALIDADE QUANDO CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA

PROCEDURAL CONTRACTS AND THEIR VALIDITY WHEN CELEBRATED BY THE PUBLIC TREASURY

Gustavo Prieto Moisés¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise jurídica quanto aos negócios jurídicos processuais constantes do Novo Código de Processo Civil, e a possibilidade de celebração destes pela Fazenda Pública, quando figurar em um dos polos da demanda. Para tanto, realizou-se uma análise sob a égide principiológica, constitucional, processual, doutrinária e jurisprudencial, de modo a se aferir a possibilidade e validade dos negócios jurídicos processuais dos quais que faça parte a Fazenda Pública. Isso porque, sabido é que a Administração Pública como um todo, é regida pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, constantes do artigo 37 da Constituição Federal, havendo ainda dispositivos próprios no Código de Processo Civil, que versam especificamente quanto ao procedimento, prazos, recursos e demais institutos quando a Fazenda Pública figurar em um dos polos da demanda. De certa forma, os referidos princípios, mormente o da legalidade, limitaria a possibilidade da celebração dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, em virtude ainda das restrições à discricionariedade do Administrador. Todavia, certo é que eventuais simplificações dos procedimentos processuais por meio de comum acordo entre os particulares e a Fazenda Pública, agilizariam consideravelmente os processos judiciais, de modo aqui a se atingir a materialização dos princípios da eficiência e da razoabilidade. Nesse sentido, foi realizada uma pesquisa concomitante, à legislação vigente sobre o tema, aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no que diz respeito à validade dos negócios jurídicos processuais em geral, bem como daqueles celebrados com a Fazenda Pública, de modo a tentar se responder ao problema que ora se apresenta.

Palavras-chave: Negócios Jurídicos Processuais. Fazenda Pública. Validade.

¹ Bacharel em direito, advogado, aluno do Curso de Pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, em Direito Empresarial e Contratos, domiciliado ao SBS, Quadra 02, Bloco E, 10º andar, Salas 1004/1005, Brasília/DF – CEP 70070-120, Brasil – endereço eletrônico: gprieto.moises@gmail.com.

ABSTRACT

The goal of the current article is to perform a legal analysis concerning the procedural contracts inserted on the New Civil Procedural Code, and the possibility of the Public Treasury celebrating these contracts, while part on a lawsuit. Wherefore, an analysis' been performed in accordance to the principles, the Federal Constitution, the Civil Procedural law and the courts' precedents on the subject, as to gauge the legality and validity of procedural contracts celebrated by the Public Treasury. Furthermore, it's known that the Public Administration in general, is submitted to thelegality, morality, impersonality or purpose, efficiency and reasonability principles, provided on article 37 of the Federal Constitution, having still the specific legal articles which regulate the procedural phases, terms, remedies and other legal institutes applied when the Public Treasury is part on a lawsuit. Somehow, the referred principles, mostly the legality one, would be a way to limit the validity of the procedural contracts celebrated by the Public Treasury, due to the restrictions imposed to the discretion of the Administrator. However, the mutual agreement between privates and the Public Treasury for simpler procedures, would surely result on faster lawsuits, thus materializing the principles of efficiency and reasonability. Therefore, a mutual research's been made, considering the current legislation on the subject, the doctrinaire understandings and the courts' recent precedents concerning the validity of the procedural contracts in general, and also those celebrated by or with the Public Treasury, in order to try to figure a proper answer to the problem presented hereby.

Keywords: Procedural Contracts. Public Treasury. Validity.

1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO INSTITUTO

Os negócios jurídicos processuais não são novidade no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, desde o Código Processual Civil de 1973, cuja vigência se findou com o advento da nova Legislação Processual Civil em março de 2016, já se detinha espalhada na legislação previsões dos chamados negócios jurídicos processuais.

Todavia, antes de exemplificar as hipóteses de negócios jurídicas previstas no antigo Código de Processo Civil e a sua evolução com a entrada em vigor da nova Lei Processual em 2016, se passa a uma breve contextualização conceitual, de modo a se apresentar, resumidamente, no que consistem os negócios jurídicos processuais.

Inicialmente, é importante mencionar que a negociação jurídica processual evidencia uma certa “privatização” do Direito Processual Civil, que embora seja o

instrumento legal aplicável para dirimir controvérsias oriundas dos conflitos privados, sempre deteve no passado recente, natureza pública.

O Ilmo. doutrinador Fredie Didier Jr., leciona que “negócio processual é o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”².

Logo, o negócio jurídico processual, decorre da vontade das partes, de modo que estas possam dispor quanto a questões processuais, regulando o procedimento que regerá sua relação jurídica, desde que adstritas ao quanto constante do ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, ainda que o Código de Processo Civil de 1973, não tivesse dispositivo com autorização expressa como traz o atual de 2015 (conforme se verá adiante), ali já se encontravam previsões de que as partes poderiam interferir, por deliberação voluntária e mediante comum acordo, no curso procedimental do processo, a exemplo do artigo 265, II², da Lei 5.869/1973, que dispunha sobre a suspensão do processo por convenção das partes.

Previsão parecida também surgia no artigo 333, § único³, do mesmo diploma legal, ao se admitir, ainda que de forma indireta, a convenção das partes quanto à distribuição do ônus probatório no processo, bem como a possibilidade de se eleger em momento pré processual, também por convenção das partes, o foro de competência para julgar eventual controvérsia, conforme artigo 95⁴ do Código de 1973.

Isso posto, e com a breve exemplificação alhures, o que se vê é que o Código de Processo Civil de 1973, continha previsões de negócios jurídicos processuais

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 376-377. ² Art. 265. Suspende-se o processo:
[...]

II - pela convenção das partes;

³ Art. 333. O ônus da prova incumbe:
[...]

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

⁴ Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litúgio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

típicos, posto que decorrentes expressamente da lei, devidamente tipificados, de modo que se aplicavam de forma taxativa.

O mesmo não ocorre com o Código de Processo Civil de 2015, atualmente em vigor, o qual teve por maior inovação quanto aos negócios jurídicos processuais, uma ampliação de cabimento e admissão destes no mundo jurídico, trazendo dispositivo específico quanto ao tema, e ao mesmo tempo genérico, apenas condicionando sua validade à análise de legalidade e posterior homologação pelo Juiz.

A mencionada previsão consta do artigo 190⁵ da Lei 13.105/2015, o qual se permite transcrever *in totum*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Juntamente com esta, adveio do Código novo, a possibilidade de se estipular, igualmente por convenção e livre acordo entre as partes e o juiz, um calendário com prévia estipulação das datas para a prática de determinados atos processuais, com vinculação entre estes, dispensando as intimações para os atos constantes do calendário, conforme prevê o artigo 191⁶:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2o Dispensa-se a intimação das

⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.

partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

Ainda, há exemplos na lei de atos considerados como negócios jurídicos processuais, unilaterais, tais como a desistência do processo, caso ocorrida em momento processual em que não se exija a anuência da parte contrária, e ainda, a própria renúncia ao direito sobre o qual se funda a demanda.

Dessa forma, o que se vê é que o Código de Processo Civil de 2015, ao admitir negócios jurídicos Processuais de forma totalmente ampla e genérica, e não mais meros negócios jurídicos típicos como o Código anterior, pôs fim à discussão sobre a existência efetiva ou não do mencionado instituto no ordenamento jurídico.

Para que se tenha uma exata dimensão do alcance das mencionadas normas trazidas pelo novo Diploma Processual Civil, importante mencionar aqui o entendimento de Alexandre Câmara quanto ao tema, ao dispor sobre o momento de celebração dos negócios jurídicos processuais:

O negócio jurídico processual pode ser celebrado no curso do processo, mas pode também ser realizado em caráter pré-processual. Imagine-se, por exemplo, um contrato celebrado entre duas empresas no qual se insira uma cláusula em que se prevê que na eventualidade de instaurar-se processo judicial entre os contratantes, para dirimir litígio que venha surgir entre as partes em razão do aludido contrato, todos os prazos processuais serão computados em dobro. Estabelece a lei que os negócios jurídicos celebrados pelas partes podem versar sobre ‘seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais’. Têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições do Juiz. Assim, por exemplo, é lícito celebrar negócio jurídico processual que retire das partes a faculdade de recorrer (pacto de não recorrer), mas não é lícito as partes proibir o juiz de controlar de ofício o valor dado à causa nos casos que este seja estabelecido por um critério prefixado em lei (art. 292”⁷.

Nota-se que, ao contrário da doutrina quanto ao ordenamento jurídico processual civil revogado, a doutrina atual, ao analisar o novel *Codex*, deu relevante atenção ao tema, mormente por conta de sua evidente relevância, em função do alcance e consequências procedimentais dentro do processo decorrentes da

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

deliberação das partes, seja antes ou no curso processual, criando ainda vinculação do negócio celebrado ao magistrado, ao qual incumbe tão somente o controle de legalidade e validade dos negócios celebrados.

Entretanto, ainda que se admita legalmente o instituto que se apresenta, a doutrina não é uniforme, contando com oposição de grandes doutrinadores processuais, como Cândido Rangel Dinamarco⁸, que ao discorrer sobre os negócios jurídicos, argumenta que seria tais negócios são uma autorregulação dos atos, na forma de interesse e autonomia de vontade das partes que o celebram, de modo que todos os negócios jurídicos possuem e geram os efeitos buscados pelas partes, o que não se reflete no processo, uma vez que as consequências processuais do processo estão previstos em lei e não tem participação das partes em sua composição.

De se notar que a doutrina contrária aos negócios jurídicos processuais, têm por base não a possibilidade de que as partes celebrem negócios jurídicos processuais, mas sim a questão de que os efeitos dos negócios celebrados decorrem da própria lei, e não da vontade das partes, como nos negócios jurídicos em geral.

Todavia, uma vez em que se tem previsão legal que permite a negociação, ainda que parte da doutrina se manifesta de forma contrária, certo é que os negócios jurídicos processuais são permitidos, dentro dos termos da lei, cabendo aos juízes o controle de sua legalidade e validade, coibindo aqueles celebrados com má-fé, ou que tenham disposições nulas.

Nesse sentido, tem sido o entendimento da jurisprudência pátria, como se vê de recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁹, que em sede de Apelação reformou sentença que extinguiu o processo, tendo por fundamento para tanto, negócio jurídico processual celebrado pelas partes no curso do processo, pela suspensão do feito, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL.
AÇÃO DE CONHECIMENTO. NEGÓCIO JURÍDICO
PROCESSUAL. CELEBRAÇÃO DE ACORDO COM

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3. p. 484.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1ª Turma Cível. *Acórdão 1070033. 20160110913188 APC*. Julgado em 24/01/2018. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO. DIREITO SUBJETIVO DAS PARTES. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA EXTINTIVA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE TEMPORAL DA SUSPENSÃO. ARTIGO 313, II E § 4º DO CPC/2015.

Não cabe ao juiz homologar o acordo celebrado entre as partes e extinguir o feito, quando expressamente as partes requereram apenas a suspensão do processo, com fundamento no artigo 190 do CPC/2015, que instituiu o chamado negócio jurídico processual. Embora as partes tenham direito subjetivo à suspensão do feito, quando assim convencionarem, deve ser observado o limite temporal estabelecido no parágrafo quarto do artigo 313 do CPC/2015. Apelação conhecida e parcialmente provida.

Vê-se do julgado apresentado que, ao reformar a sentença que extinguiu o feito, contrariou o entendimento do Juízo de primeiro grau, fazendo valer a vontade das partes, conforme acordado no curso do processo, pela suspensão do feito.

Outra ressalva apontada pela doutrina contrária à celebração dos negócios jurídicos processuais é no sentido de se preservar os princípios constitucionais processuais, de modo que as convenções realizadas pelas partes não viessem a prejudicar a celeridade e economia processuais.

Entretanto, a própria lei, no § único do artigo 190, impõe limites aos referidos negócios, ao passo em que condiciona sua validade à homologação do magistrado, após analisar a legalidade do quanto fora acordado pelas partes.

Ademais, cumpre se destacar que o Código de Processo Civil deve ser analisado à luz da Constituição Federal, e não ao contrário, de forma que não se admitirá previsões, ainda que decorrente de vontade das partes, que contrariem princípios e preceitos oriundos da Carta Magna.

Nesse sentido, é o entendimento de Sirangelo de Abreu, ao afirmar em sua obra que “se até mesmo no direito privado a autonomia da vontade encontra limites, não poderia ser diferente no processo civil, sistema de direito público cuja finalidade é a tutela de direitos”¹⁰.

Diante disso, os negócios jurídicos processuais atípicos, admitidos e condicionados à homologação judicial, são realidade no ordenamento jurídico

¹⁰ ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 194.

brasileiro, tendo por fonte direta a própria legislação específica, a doutrina e a jurisprudência que os tem admitido.

2 A ANÁLISE DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DOS DIREITOS DA FAZENDA PÚBLICA

Superada a questão quanto à admissão dos negócios jurídicos processuais atípicos, é importante ressaltar que a legislação se omitiu quanto aos sujeitos aptos à sua celebração, inclusive no tocante à Fazenda Pública, cuja validade dos negócios jurídicos por esta celebrado, tema do presente artigo, passa a ser especificamente debatido no presente capítulo.

Não bastassem as controvérsias já existentes em torno do instituto em si, ao se dar início ao debate quanto à possibilidade de que a Fazenda Pública venha a figurar como parte em negócio jurídico processual, se instaura de imediato uma série de questionamentos e polêmicas, gerados pela própria condição pública desta, bem como pelos princípios pelos quais é regida, uma vez que a sua autonomia de vontade, e a discricionariedade do Administrador, têm restrições¹¹.

Para que se possa analisar de forma precisa a possibilidade de que a Fazenda Pública celebre negócios jurídicos processuais, é necessário que se faça primeiramente uma reflexão quanto aos princípios gerais retores da Administração Pública.

Parte considerável da doutrina nacional de direito administrativo entende que, os fundamentos basilares do próprio regime de direito administrativo, residem sob a égide dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, como leciona Celso Antônio Bandeira de Melo¹², de modo que haveria a prevalência do interesse público sobre o interesse dos particulares, mesmo quando considerados estes de forma coletiva.

¹¹ MIRNA, Cianci; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 619.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69.

O princípio da supremacia do interesse público, conforme entendimento de Marçal Justen Filho¹³, deve ser interpretado no sentido de superioridade do interesse público sobre os demais interesses, e a indisponibilidade, por sua vez, diz respeito à impossibilidade de se sacrificar ou transigir quanto ao interesse público, se apresentando assim como uma decorrência natural de sua supremacia.

Em outras palavras, o entendimento doutrinário é de que, se tratando os interesses qualificados como próprios da coletividade, estes não se encontrariam à livre disposição de quem quer que seja, por serem considerados como inapropriáveis¹⁴.

E a partir do momento em que os interesses públicos seriam indisponíveis, sendo ainda atribuída por lei a indisponibilidade e detendo os poderes conferidos à Administração caráter e natureza de poder-dever, não poderia ela deixar de exercê-los¹⁵.

Não obstante o entendimento de parte da doutrina pela indisponibilidade do interesse público, outra parcela tem admitido o que se nomeou de crise do princípio da supremacia do interesse público¹⁶.

Tal corrente se fundamenta na impossibilidade de que se defenda a existência de um fundamento jurídico único aplicável ao direito público como um todo, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio é formado e norteado por uma ampla quantidade de princípios decorrentes dos valores e finalidades previstos na Constituição Federal, não havendo assim hierarquia entre eles, mas um sistema harmônico, posto que oriundos da mesma fonte.

O próprio Marçal Justen Filho, que prega a indisponibilidade dos interesses públicos, em sua obra, reconhece a pluralidade dos interesse público ao se manifestar no sentido de que “uma das características do Estado contemporâneo é a

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

¹⁶ SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos”¹⁷.

Ainda nesse sentido, o doutrinador faz importante observação, quanto à natureza do interesse público e a indisponibilidade, ao se refletir qual é decorrente do outro, e assim preconiza:

A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado¹⁸

Dentro disso, a conclusão que se chega é de que, nem todo interesse Público é indisponível, mas sim de que todo interesse indisponível, é Público, de modo que não se tenha aqui também um engessamento da Administração Pública, totalmente contrária ao momento contemporâneo, em que se exige maior dinamismo inclusive para a realização dos mencionados interesses.

Isso porque, ao passo em que se celebra um acordo, ou negócio jurídico, não significa que há aqui pela Fazenda Pública uma disposição de direitos indisponíveis, mas tão somente, a materialização desse direito de outra forma, como meio inclusive de se viabilizar que a materialização ocorra.

Partindo do ponto em que se admite que os direitos da Administração são aqueles que visam o atendimento aos interesses da coletividade, a possibilidade de que se transacione direito material (bem como a opção pelos negócios processuais), caminha junto com os interesses públicos, posto que se tem no mundo jurídico transações cujo único fim é atender o interesse público de maior relevância, como por exemplo, um acordo de leniência firmado pelo CADE com a finalidade de se obter informações sobre a prática ilegal de cartel.

Nesse sentido, é válido o ensinamento de Luciane Moessa de Souza, no sentido de que ao se analisar a indisponibilidade sob a égide da transação ou autocomposição “Não se pode, portanto, de forma alguma confundir

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 152.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 158-159.

indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações que a lei expressamente veda a transação”¹⁹.

Ademais, a mesma doutrinadora, fundamenta seu entendimento pela possibilidade da adoção de medidas de composição ou transação pelo Poder Público, em princípios constitucionais, *in verbis*:

a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos [...]; b) o princípio da eficiência (art. 37, caput, da CF), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício [...]; c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema²⁰.

De certa forma, os mencionados princípios também se aplicarão quando da análise de disponibilidade pela fazenda pública quanto aos direitos processuais que lhe envolvem, ainda que atribuídos por lei.

Isso porque, nem toda norma processual é considerada pública, posto que a sua aplicação, embora de interesse do Estado e da Sociedade²¹, não serão sempre assim consideradas, uma vez que a ordem pública não está vinculada essencialmente ao caráter público da norma processual em si, mas com aquelas questões que transcendem o mero interesse das partes qualificadas nos autos.

Caso assim não fosse, bastasse que a Administração atuasse como parte em qualquer dos polos de uma demanda judicial, para que todos os interesses processuais discutidos naqueles autos, se tornassem automaticamente matéria de ordem pública.

¹⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 493.

²⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 489.

²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

Não se nega que as normas processuais não sejam de interesse público, mormente quando há interesse coletivo no trato correto à coisa pública quando discutida em Juízo, mas quando se trata de interesse público processual, tendo por parte a Fazenda Pública, estes devem ser analisados sob a égide dos princípios constantes do artigo 37 da Constituição Federal, conforme lecionam Bruno Lopes Megna e Cianci Mirna²²:

No caso, este “interesse público processual” (ou “interesse processual do público”) é nada mais que o interesse de atingir finalidades públicas, de forma legal, impessoal, moral, transparente e eficiente. Em uma ação indenizatória de danos por acidentes de veículos terrestres, o interesse público está em obter o justo ressarcimento do erário, e não no prazo maior ou menor com que, e.g, será apresentado o rol de testemunhas.

Nesse contexto, o princípio da eficiência se materializa na duração razoável do processo, seja para que o mesmo tramite mais rapidamente, ou ainda, para que se tenha mais prazo para a prática de determinados atos, pois a razoabilidade não se vincula diretamente à menor duração, mas sim que os atos possam ser praticados de acordo com a sua complexidade, atingindo assim a efetiva eficiência constante da Carta Magna.

Ademais, é importante destacar os requisitos de validade para os negócios jurídicos celebrados pela Fazenda Pública, também nas palavras de Bruno Lopes Megna e Cianci Mirna²³:

(i) ter a forma prescrita ou não defesa em lei; (ii) versar sobre objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e (iii) ser praticado por sujeito capaz e legitimado. Tais condições estarão, principalmente, no ato administrativo que levará a conclusão do negócio. E, como em todos os atos praticados pela Administração, devem ter expressos não só a forma, o objeto e o sujeito, mas também o motivo e a finalidade.

Cabe ainda menção à desnecessidade de previsão de uma forma específica para a validade do ato administrativo, conforme ensina Di Pietro²⁴ ao prever que “A

²² MIRNA, Cianci; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 629.

²³ MIRNA, Cianci; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 630.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217.

não ser que a lei preveja expressamente determinada forma, a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada.”.

3 A VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA

Superada a questão quanto à disponibilidade de direitos materiais e processuais pela Fazenda Pública, abordada no capítulo anterior, adentra-se agora à discussão efetiva quanto à validade dos negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública, enquanto parte no processo judicial.

Inicialmente, em virtude da ampla controvérsia que surgiu em torno do tema, o assunto não escapou de ser debatido pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que após discutir a matéria, editou o enunciado 256, que versa expressamente sobre o artigo 190 da Lei 13.105/2015, que previu a existência e possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos:

256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)”

Uma das motivações para que se alcançasse o referido entendimento, foi exatamente a adoção de um sistema processual cooperativo pelo Código que entrou em vigor no ano de 2015, cuja finalidade foi a de se buscar no âmbito do Poder Judiciário, não apenas a jurisdição (julgamento) em si, mas um ambiente efetivo de resolução de conflitos²⁵.

Buscou-se também, privilegiar o “autorregramento da vontade no processo”²⁶, decorrente diretamente do princípio fundamental da liberdade, consagrado pelo texto Constitucional da Carta Magna de 1988.

Ainda, cumpre mencionar aqui que a existência atualmente de solução de litígios em que se tenha por parte a Fazenda Pública, tem sido admitido por meio da arbitragem, ainda que se tenha oposição de parte da doutrina.

²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 61.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 20.

Todavia, não obstante os posicionamentos contrários, o critério de subjetividade da Fazenda Pública, no sentido de poder ser considerada sujeito para fins de negociação processual com validade, foi respeitosamente abordada por Carlos Alberto de Salles²⁷, ao dispor que “não se pode por em dúvida a capacidade contratual da Administração Pública”, e ainda, que “verifica-se não haver uma reserva de jurisdição para a solução de litígios envolvendo atos negociais do Estado.”.

Isso posto, ao se analisar o critério objetivo, este se envolve pela indisponibilidade de direitos pela Fazenda Pública.

Entretanto, conforme amplamente debatido anteriormente, restou demonstrado que é necessário distinguir os direitos indisponíveis, que dizem respeito ao Estado e à Sociedade, e aqueles direitos que, embora exclusivos da Fazenda Pública, não acarretam em matérias efetivamente de ordem pública, cuja flexibilização no âmbito do processo não implica automaticamente em disposição daqueles indisponíveis.

Primeiramente, pelo fato de que a própria Lei Processual, prevê que os negócios jurídicos processuais, para que sejam válidos, podem ser celebrados tão somente em processos cujo direito discutido permita a autocomposição, o que admite a flexibilização, inclusive quando versar a demanda sobre direito indisponível, que contudo, admita uma autocomposição para solução da controvérsia.

Nesse sentido inclusive, tem-se outro enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civil: 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais)

Logo, para que se considere válido o negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública, basta que estejam preenchidos os critérios legais de validade, quais sejam, a demanda versar sobre direito que admita autocomposição, seja disponível ou não; ter objeto lícito e que não busque afastar norma processual cuja

²⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 217; 297.

finalidade seja a proteção de direito indisponível; e não versar sobre matéria sujeita a reserva legal.

Por certo que em se tratando de negócios atípicos, ou seja, não tipificados em lei, há uma série de restrições ao objeto dos negócios processuais celebrados pela Fazenda Pública.

Isso porque, a licitude do objeto deve estar sujeita e em consonância às garantias fundamentais do processo, o que por óbvio, apenas possibilita a negociação sobre comportamentos lícitos, não podendo o objeto, por exemplo, buscar simulação ou fraude à lei, sob pena de nulidade.

Dentre diversos exemplos possíveis de matéria cuja negociação processual não se admite, o Ilmo. Leonardo Carneiro da Cunha²⁸ traz como demonstração o reexame necessário, instituto processual diretamente ligado à Fazenda Pública, inclusive como garantia fundamental que busca a segurança jurídica decorrente das matérias discutidas, e ainda, a intervenção obrigatória do Ministério Público.

Além desses, é vedado, e não apenas à Fazenda Pública, a criação de institutos inexistentes no ordenamento, como por exemplo, prever recursos não constantes da lei, alterar suas hipóteses de cabimento, ou demais inovações, posto que se teria aqui a usurpação de competência legislativa exclusiva da União, sendo matéria sujeita à reserva legal.

Dentro disso, respeitadas as limitações legais e constitucionais, por fim, cumpre destacar que, como requisito de validade, deve se respeitar todos os elementos do ato administrativo, de modo que o negócio processual deverá ter finalidade pública, ou seja, em abstrato, a finalidade do ato negocial processual, deverá objetivar o interesse público; e, em concreto, o ato deverá, em cada caso, buscar a adequação do processo às especificidades da causa, sem que isso traga

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 71.

prejuízos ao interesse público, realizando-se a separação entre o interesse público propriamente dito e o interesse público processual²⁹.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, e após a realização da pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial, entende-se ser válida a negociação processual celebrada pela Fazenda Pública, seja no curso do processo ou em fase pré-processual, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei, bem como, atendendo-se o interesse público e respeitados os requisitos de validade do ato administrativo.

Além da legalidade e validade dos referidos negócios, dentro da ótica principiológica da nova sistemática processual, voltada à cooperação e solução efetivas dos conflitos, trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a negociação processual pela Fazenda Pública soa inclusive razoável, bem como eficaz e eficiente, posto que atrai uma melhor dinâmica ao processo.

Não se identifica qualquer indício de violação ao princípio da soberania e indisponibilidade do interesse público, posto que muitas vezes, a possibilidade de negociação processual, poderá inclusive, viabilizar o alcance dos interesses públicos discutidos no processo, não comprometendo-os por eventual rigidez excessiva da máquina pública.

Para tanto, é fundamental que se faça a separação entre o interesse e o direito público propriamente dito, e o interesse processual, que é no geral, buscar uma solução do conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário, e que muitas vezes, em detrimento da complexidade e peculiaridade da causa, exige para efetiva compreensão e julgamento da controvérsia, medidas processuais distintas daquelas previstas no procedimento constante da lei.

Todavia, é fundamental que as limitações sejam respeitadas, não se podendo criar institutos novos, sejam recursos ou hipóteses de cabimento destes, autorização de produção de provas tidas por ilegais, ou qualquer outra medida que desvirtue a finalidade do instituto do negócio jurídico processual.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 406.

Para tanto, há previsão expressa de necessidade de homologação pelo juiz da convenção celebrada pelas partes, seja antes ou no curso do processo, de modo a se coibir disposições ilegais ou abusivas cuja prevalência acarrete em prejuízo às partes, bem como aos direitos e interesses Públicos, quando figurar em um dos polos, a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 2 abr. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1ª Turma Cível. *Acórdão 1070033. 20160110913188 APC*. Julgado em 24/01/2018. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRNA, Cianci; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

INCOMPATIBILIDADE ENTRE A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PAPEL CONSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

INCOMPATIBILITY BETWEEN THE IMPREVISIBILITY OF JUDICIAL DECISIONS AND THE CONSTITUTIONAL ROLE OF HIGHER COURTS IN THE FORMATION OF BINDING PRECEDENTS

Marco Antonio Fernandes Mendonça¹

RESUMO

O texto investiga a evolução recente do sistema uniformizador da jurisprudência brasileira, diante da aproximação dos sistemas da *civil law* e *common law*, pela aplicação de precedentes obrigatórios. Foi feito um estudo sobre as possíveis oscilações na jurisprudência dos Tribunais de superposição, com citação de casos. Conclui-se pela importância do respeito ao precedente, por necessidade de previsibilidade do Direito, sob pena de maltrato à segurança jurídica e, consequentemente, motivação recursal indevida.

Palavras-chave: Precedentes. Oscilação. Tribunais Superiores.

ABSTRACT

The text investigates the evolution of the system of an uniform character of brazilian`s jurisprudence, against of the approximation of the system of *civil law* e *common law*, by the application of precedent mandatory. There was a study on the possibles oscillations in jurisprudence of the extraordinary courts, with cases citation. conclusion as to the importance of the respect to precedent, By necessity of the Law`s predictability, under penalty of mistreating the Legal security and, consequently, appeal motivation undue.

Keywords: Precedent. Oscillations. Extraordinary courts.

1 INTRODUÇÃO

Um sistema judiciário que não proporciona aos jurisdicionados a declaração de direitos em tempo satisfatório, de forma harmônica, uniforme e isonômica, no fim ao cabo não garante os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

¹ Advogado. Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, endereço eletrônico: adv.amendonca@gmail.com

A estabilidade das decisões dos Tribunais Superiores, como representantes da uniformização da interpretação da Lei, traduz o papel da jurisprudência e do sistema de precedentes vinculantes, que prestigiam a hodierna responsabilidade destas Cortes, para a previsibilidade do Direito, como espera a sociedade.

Essa é a função e a razão de ser das Cortes de superposição: “proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”².

Este objetivo não é possível enquanto não houver segurança jurídica nos posicionamentos adotados, especialmente os vinculantes. Como se verá, a mazela da oscilação, sem nenhuma razão justificável, ainda é inerente às decisões das Cortes.

No estudo, não se pretende apontar acertos ou erros nas decisões exemplificativas, até porque todas são carregadas da necessária legalidade. Contudo, observa-se a fragilidade do atual sistema, o qual permite a oscilação exacerbada do entendimento jurídico, pelo simples desejo irregular de mudança, inerente ao ego ou irreverência à jurisprudência construída.

Após pontuar a existência da oscilação na composição de precedentes, verifica-se as consequências imediatas e mediatas da falta de estabilização da jurisprudência, ou o desrespeito ao precedente vinculante, em um sistema característico da *civil law*, que a muito tenta se aproximar da *common law*, para fins de harmonia e controle numérico da atuação *ad quem*.

Portanto, o estudo pretende demonstrar a existência ou a inexistência da efetividade das garantias constitucionais e a consequência lógica do comportamento dos jurisdicionados, diante da atuação segura ou insegura dos Tribunais Superiores.

² BRASIL. *Tramitação do PL 8.046/2010*. Exposição de motivos da comissão de juristas. p. 7. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

2 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E O MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES

O objetivo de harmonização, uniformidade e estabilidade da jurisprudência não é novidade, ao revés a muito se vislumbra o enfrentamento da insegurança jurídica e da morosidade judicial, por meio da sedimentação e vinculação das decisões, mesmo sem distanciar-se da legalidade.

Trata-se da evolução do processo civil na união entre as famílias do *civil law* e da *common law*, no sentido de que o Brasil deveria e estaria se curvando à força dos precedentes judiciais³.

O princípio da legalidade do sistema da *civil law* não é óbice para a evolução do sistema de precedentes, não se deve ter apego excessivo a letra da lei, porquanto esta deve ser interpretada aos olhos da doutrina e da jurisprudência dominante, em nome da segurança jurídica, traduzida em previsibilidade das decisões judiciais⁴.

Tanto que as alterações substanciais do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, estão direta ou indiretamente ligadas ao objetivo de uniformização da jurisprudência, com instrumentos resolutivos ou tendentes a resolução da morosidade, que a muito se conserva no poder judiciário brasileiro.

O fenômeno da pacificação dos entendimentos pelas Cortes brasileiras de superposição atravessa o milênio⁵ e, não obstante a tendência natural e desejável de existir controvérsia e divergência jurisprudencial no sistema da *civil law*, garante a mazela da morosidade, pois o debate inicialmente positivo de ideias pode, pelo tempo, traduzir insegurança jurídica.

A insegurança jurídica causada pela morosidade na definição jurisprudencial é evidente no sistema da *civil law*, porque em regra, diferentemente da *common law*, é necessário numerosos julgados para a sedimentação do entendimento *ad quem*, seja por acórdãos dos próprios Tribunais Superiores, seja pelas inúmeras decisões a

³ FUX, Luiz. *O novo processo civil: o novo processo civil brasileiro* (direito em expectativa). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017. p. 74.

⁵ FERREIRA, Antonio Carlos. *Direito processual civil e súmulas do STJ: o papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 19-20.

quo, necessárias até a jurisprudência defensiva⁶ (forma de redução numérica de processos) admitir recursos suficientes para a análise meritória.

A aplicação do sistema de precedentes em um sistema tipicamente legalista, na prática, possui viés altamente desesperada de contenção da numerosidade do judiciário, com verdadeira aplicação de banco de dados, pois neste sistema é extremamente complexo identificar qual decisão gerou um precedente, ou como aplicá-lo ao caso concreto, ao revés do sistema clássico da *common law*, que uma única decisão gera um precedente.

Com efeito, a dificuldade da análise de aplicação de precedentes está nas diversas e criativas interpretações geradas pelos Tribunais Regionais, em nome exacerbado do princípio do livre convencimento motivado, *ex vi* a técnica de vincular o julgamento de segunda instância ao conjunto probatório, impossibilitando o conhecimento do tema pela Corte Superior, mesmo se tratando de entendimento contrário ao precedente obrigatório (Súmula nº 7/STJ ou Súmula nº 126/TST).

A liberdade de decidir não pode ser óbice à harmonização da jurisprudência:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito, A dispersão excessiva da jurisprudência produz inquietude social e descrédito do Poder Judiciário⁷.

Outrossim, nessa tentativa de aproximação dos sistemas da *civil law* e *common law*, naturalmente causa desacertos, principalmente quando utilizado o conceito de precedente no contexto da jurisprudência, ou seja, quando os conceitos não estão bem trabalhados, mas são utilizados como homogêneos.

⁶ “Esta consiste, em última análise, na interpretação inadequada dos requisitos de admissibilidade, por intermédio da imposição de restrições ilegítimas, indevidas e ilegais ao conhecimento dos recursos”. (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 229).

⁷ BRASIL. *Tramitação do PL 8.046/2010*. Exposição de motivos da comissão de juristas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 14 abr. 2018. p. 9.

Para esclarecer, cabe o conceito de ambos: a) precedente seria a decisão obrigatoriamente vinculante, que servirá de paradigma para os casos subsequentes, ou seja, “um pronunciamento judicial que, por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes”⁸; e b) jurisprudência, uniforme ou não, é o entendimento fixado por uma pluralidade de decisões⁹ que as antecederam, inclusive divergentes superadas, as quais consubstanciam um padrão de decidir, comumente vinculada às Súmulas.

Em um universo repleto de jurisprudências mutantes, é comum a utilização de mero arresto como precedente, ou seja, dentro da construção da jurisprudência (*stricto sensu*), o aplicador do direito encontra algum julgado com similitude fática ao caso em análise e o aplica, até mesmo em fundamentos *per relationem*, como se vinculante fosse.

Portanto, existe a necessidade de esclarecimento do alcance e da vinculação das decisões judiciais, em especial proferidas pelos Tribunais Superiores, em relação aos casos práticos posteriores, porque a *ratio decidendi* do paradigma anterior em geral, diante da nova sistemática de precedentes, deve ser observada mesmo quando não aplicável ao caso concreto (*distiguishing*).

Frise-se: “Todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”¹⁰.

Com efeito, o precedente de Tribunal Superior vincula tanto os Tribunais hierarquicamente inferiores – eficácia vertical –, como também vincula os órgãos da própria Corte – eficácia horizontal –, que devem ajustar as suas decisões em observância a *ratio decidendi* paradigmático¹¹.

⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial: direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 385.

Igualmente, a jurisprudência sedimentada (geralmente sumulada) possui o mesmo efeito do Precedente, mas se deve cautela quanto aos arestos proferidos no curso da pacificação jurisprudencial.

Isto porque, a mera decisão judicial *ad quem*, monocrática ou colegiada, não deve vincular os Tribunais Regionais, menos ainda a própria Corte de superposição, porque costumemente geram arestos idênticos em premissas e no tempo, mas diametralmente opostos¹² na conclusão.

Estes arestos independentes traduzem posicionamentos oscilantes e não devem ser utilizados como se vinculantes fossem, por óbvia probabilidade de gerar insegurança jurídica. Ou seja, a uniformização da jurisprudência como medida de segurança jurídica está, também, vinculada à análise negativa de aplicação de decisão anterior, devendo-se, nestes casos, a decisão vincular-se a legalidade.

A necessidade de respeito à jurisprudência e ao precedente é imperiosa, principalmente para se evitar a chamada “jurisprudência lotérica”¹³, ou seja, a decisão oscilante e dependente do órgão ou tribunal que irá julgar. O sistema vinculante em evidência é promissor para a estabilidade, desde que atrelado à legalidade não exacerbada.

A ideia de previsibilidade das decisões está diretamente atrelada a nova visão do sistema da *civil law* e a necessidade de enfrentamento da morosidade processual, em nome do princípio da economia.

Contudo, a oscilação da jurisprudência ainda é predominante no judiciário brasileiro, pois se tem como regra a mutação decisória, onde é extremamente complicado consolidar a jurisprudência e, em segundo momento, é difícil confiar no precedente, pois a mera troca de configuração dos Ministros é suficiente para “atualizar” a jurisprudência:

Esse fenômeno, que existe no Brasil de modo exacerbado, gera inaceitável desrespeito ao princípio da isonomia, criando indesejável sentimento de injustiça na população, porque

¹² Esta circunstância é a razão de ser dos Embargos de Divergência ou dos Embargos à SDI, instrumentos suficientes para a pacificação da jurisprudência, pois os Colegiados especializados geram a chamada jurisprudência notória.

¹³ MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência: o novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 559.

tribunais decidem, concomitantemente, de modo diverso, a mesma questão de direito. Além disso, tem-se também frustração do objetivo previsibilidade, inerente à ideia de direito, porque essa atitude desrespeitosa à jurisprudência formada anteriormente, por parte dos próprios tribunais superiores, dá origem às grandes “viradas”: brusca e inesperadamente, a jurisprudência dos tribunais superiores muito frequentemente dá grandes “guinadas”, passando do preto para o branco e de zero a cem, em um segundo¹⁴.

O sistema racional, da nova visão da *civil law*, pretende intensificar a segurança jurídica para a sociedade, evitando surpresas e arbitrariedade, inclusive diante da mudança de posicionamento no curso do processo.

Assim, o respeito à jurisprudência consolidada no sistema da *civil law* não se confunde com aplicação automática de julgados anteriores, como ocorre na *common law*, sob pena de frustração do objetivo de harmonização e sedimentação do posicionamento *ad quem*, sendo necessária a observância da legalidade como termômetro da nova visão de precedentes vinculantes.

3 AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES

Diante de um sistema tipicamente legalista e independente, a oscilação das decisões jurídicas brasileiras é comum, mas extremamente prejudicial quando brusca ou mutante *ad aeternum*, conforme os casos que seguem. Ou seja, o debate e as decisões divergentes são naturais, devendo-se confrontar a decisão surpresa: que depende do Tribunal, do Magistrado, da ocasião.

Necessariamente, a oscilação na solução de conflitos traduz ineficiência do judiciário:

A dúvida no esclarecimento de determinado preceito surge da ausência de convicção sobre qual a conduta a ser adotada, a fim de conformá-la com os ditames da norma interpretanda. Em decorrência disso, a possibilidade do conflito aumenta, corroborada ainda pelas diversas opções axiológicas na solução dos litígios¹⁵.

¹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante no STJ: ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 227.

¹⁵ SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

A oscilação hodierna das Cortes Superiores é visível em praticamente todas as pautas semanais, então para fins exemplificativos vale citar alguns casos de maior relevância, inclusive em julgamento de recurso repetitivo, o qual maioria simples é suficiente para vincular o precedente.

Esclarece-se que não se pretende apontar acertos ou erros nas decisões exemplificativas, até porque todas são carregadas de legalidade, mas apenas demonstrar a fragilidade do atual sistema que permite a oscilação exacerbada do entendimento jurídico e as consequências práticas para o jurisdicionado.

3.1 Tribunal Superior do Trabalho: divisor bancário

Caso notório de oscilação profunda da jurisprudência pátria ocorreu no âmbito trabalhista, especificamente quanto a discussão sobre o divisor para fins de cálculo de horas extras dos bancários.

Em total desencontro com a razão de ser do instrumento uniformizador, o primeiro julgamento de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo, instaurado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, foi decidido de forma diametralmente divergente à jurisprudência dominante e sedimentada.

A Corte Trabalhista utilizou o instrumento uniformizador para gerar Precedente obrigatório absolutamente contrário ao então prevalecente posicionamento de toda a estrutura jurídica trabalhista.

Cita-se a notória, pacificada e sedimentada jurisprudência superada no julgamento do Repetitivo:

Diante da tese da c. Turma que enuncia a existência de norma coletiva que prevê o sábado como dia de repouso semanal remunerado para efeito de reflexos das horas extraordinárias, e mesmo assim aplica o divisor 180, deve ser reformada a decisão para adequar o julgado aos termos do item I, da Súmula 124 do c. TST, já que ao aludir o verbete ao direito de aplicação dos divisores 150 e 200 ao bancário, cujo contrato prevê, por norma coletiva, o sábado como dia de repouso semanal remunerado, não há distinção em razão de a norma conter expressão de que a previsão se dá para os reflexos das

horas extraordinárias aos sábados, a título de repouso semanal remunerado. Embargos conhecidos e providos¹⁶.

1. O Colegiado Turmário estabeleceu como premissa para a aplicação do divisor 150 a existência de norma coletiva considerando o sábado como dia de descanso remunerado e o fato de o reclamante, empregado bancário, estar submetido à jornada de trabalho prevista no caput do art. 224 da CLT. 2. Decisão recorrida em harmonia com o entendimento cristalizado no item I, -a-, da Súmula 124 desta Corte, a inviabilizar o exame dos paradigmas trazidos a cotejo, a teor da parte final do art. 894, II, da CLT. 3. Acresça-se que esta Subseção firmou entendimento no sentido de que, para fins de aplicação do mencionado verbete sumular, -não há distinção em razão de a norma conter expressão de que a previsão se dá para os reflexos das horas extraordinárias aos sábados- (E-ED-RR-754-24.2011.5.03.0138, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 13.06.2014). Agravo regimental conhecido e não provido¹⁷.

Cita-se o que foi decidido no Repetitivo:

O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente¹⁸.

Em suma, no julgamento de 21/11/2016, Processo nº IRRR-849-83.2013.5.03.0138, acórdão publicado no DEJT de 19/12/2016, a SbDI-1 em contrariedade a jurisprudência do próprio órgão colegiado, definiu os divisores 180 e

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos. *E-RR-1873-39.2012.5.09.0325*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Cianorte e Região. Embargado: Itaú Unibanco S.A. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 10, de outubro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1873&digitoTst=39&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0325&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental. *AgR-E-RR169100-64.2009.5.15.0140*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Agravante: Banco Bradesco S.A. Agravada: Valdileine Isabel de Souza. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 26, de setembro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=169100&digitoTst=64&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0140&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Repetitivo. *IRR - 849-83.2013.5.03.0138*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Recorrente: Banco Santander (Brasil) S.A. Recorrida: Rosângela Antônia de Oliveira Gomes. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 19, de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=849&digitoTst=83&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0138&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

220 para o cálculo do salário-hora da categoria dos bancários (antes prevalecia os divisores 150 e 200), independentemente da natureza jurídica que se atribua aos sábados em acordos e convenções coletivas de trabalho ou em regulamento empresarial.

O julgamento foi chamado de típica hipótese de superação (*overruling*). A mudança na jurisprudência foi tão drástica que se fez necessária modulação dos efeitos, tendo que se excluir a aplicação dos casos que já teriam decisões de mérito das Turmas do TST ou da própria SBDI-1 sobre o tema.

3.2 Superior Tribunal de Justiça: prazo prescricional para ajuizamento de execução individual de sentença coletiva

Outro caso notório ocorreu no STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.273.643/PR, afetado como repetitivo, sobre o prazo prescricional para ajuizamento de execução individual de sentença coletiva.

Os Tribunais, num primeiro momento, entendiam e aplicavam pelo prazo prescricional de 20 anos, pois se aplicaria à execução individual da sentença coletiva o mesmo prazo de prescrição da ação principal (Súmula nº 150/STF), ou seja, não seria aplicável o prazo prescricional quinquenal trazido pelo Código Civil de 2002.

O STJ, ao revés, desde os casos envolvendo as cobranças de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, se posicionou pela prescrição quinquenária:

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.
2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem

comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição¹⁹.

Diferentemente do ocorrido no caso do divisor bancário no TST, prevaleceu a jurisprudência dominante, contudo, vale o apontamento do voto vencido da Min. Nancy Andrighi, no julgamento da controvérsia repetitiva.

Isto porque, apreciou-se a possibilidade de inversão – leia-se: oscilação – da jurisprudência consolidada, no caso REsp 1.273.643/PR, que estaria às vésperas da pacificação formal expressa, aos seguintes termos:

Dessa forma, por se tratar de oportunidade derradeira para debates, é imperioso que se faça uma reflexão detida e cautelosa, diria eu até crítica sobre os precedentes até aqui produzidos, alcançando-se o máximo de certeza sobre o que está prestes a ser definido, que terá reflexo patrimonial para milhares de pessoas²⁰.

Continua o julgamento, sobre a possibilidade de reanálise crítica da jurisprudência sólida:

Em situações como a presente não podemos ser movidos por um espírito conformista, postura passiva e até certo ponto cômoda de simplesmente se ater ao entendimento dominante, e sim por um ímpeto questionador, no anseio de encontrar solução que se mostre a mais justa e equilibrada, sempre cientes de que somos responsáveis pela uniformização da jurisprudência em matéria infraconstitucional.

Inclusive invoca a diretriz da Corte Especial que prevê o instrumento de inversão jurisprudencial:

A própria Corte Especial compartilha desse entendimento, tendo, no julgamento do REsp 1.102.467/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 29.08.2012, consignado a “possibilidade de se discutir novamente, pelo procedimento dos recursos repetitivos, a matéria já pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1070896/SC*. Segunda Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, 4, de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9597811&num_registro=200801158256&data=20100804&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1273643/PR*. Segunda Seção. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorridos: Cristiane Toledo Martins Zorzi e outros. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 4, de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199073&num_registro=201101014600&data=20130404&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Esclarece-se, a problemática básica não é a controvérsia de fundo, mas a possibilidade de modificação abrupta de toda uma construção jurisprudencial, no exato momento da sua, em tese, confirmação.

É exatamente a possibilidade de se editar Súmula Vinculante contrária ao posicionamento pacífico da Suprema Corte, pois os efeitos práticos são os mesmos, quais sejam, a repercussão geral e o dever vertical de obediência pelos outros Tribunais, de decisão até então contrária a tese sedimentada e aplicada aos jurisdicionais, que tiveram o trânsito em julgado anterior a “nova consolidação”.

Na hipótese da prescrição, como dito, prevaleceu o posicionamento do Relator e da jurisprudência pacificada, mas a conclusão da Min. Nancy Andrighi, acompanhada pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Buzzi, merece destaque, por propor ainda, hipótese da aplicação geral do art. 205, do CC:

Na espécie há decisão incidental transitada em julgado no âmbito do processo de conhecimento, reconhecendo o prazo prescricional de 20 anos para exercício da pretensão de direito material.

Dessa forma, igual prazo deve ser aplicado para a execução da sentença derivada da ação coletiva.

Quando muito, poder-se-ia admitir a redução do prazo prescricional para 10 anos, tendo em vista o advento do CC02, com a consequente aplicação das regras dos seus arts. 205 e 2.028.

Forte nessas razões, peço as mais elevadas vênias para divergir do voto do i. Min. Relator, negado provimento ao recurso especial²¹.

3.3 Supremo Tribunal Federal: prisão após segunda instância

O último exemplo é, talvez, o mais emblemático e traduz a profunda crise institucional brasileira, a qual obrigou o judiciário a trazer para si a responsabilidade do debate político, em verdadeira ruptura ao Estado de Direito, pois independentemente da conclusão da Suprema Corte, a instabilidade das instituições causa insegurança e desconforto para sociedade brasileira.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1273643/PR*. Segunda Seção. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorridos: Cristiane Toledo Martins Zorzi e outros. Relator: Ministro Sídney Beneti, 4, de abril de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199073&num_registro=201101014600&data=20130404&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Trata-se da definição do momento do início do cumprimento de pena, se seria da condenação em segunda instância, ou do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Antes do enfrentamento da questão pelo STF, os Juízos *a quo* tinham liberdade para decidir sobre o tema, sendo que na primeira decisão, em 5/2/2009, no HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário da Suprema Corte decidiu no sentido de que seria necessário o trânsito em julgado para, só então, dar-se cumprimento a pena, em respeito ao princípio da presunção de inocência, conforme:

A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgamento a condenação de cada qual Ordem concedida²².

O posicionamento do STF mudou em 17/2/2016, com o julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki, passando a aceitar como início do cumprimento da sentença a condenação em segunda instância, porque não haveria possibilidade de reanálise do conjunto fático-probatório ou efeito suspensivo na interposição de recursos especial e extraordinário, cita-se do voto condutor:

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 84078/MG. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 26, de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 15, de abril de 2018.

em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias²³.

O julgado formou notório Precedente vinculante tanto verticalmente, quanto horizontalmente, sendo que todos os Tribunais passaram a prevê o cumprimento de pena após a segunda instância, inclusive com edição de Súmulas locais.

A questão foi reanalisada em 4/4/2018, no HC 152.752/PR²⁴, por questões políticas. Acórdão pendente de publicação. O recentíssimo posicionamento da Suprema Corte prevaleceu, mas vale pontuar a linha tênue entre a confirmação do Precedente e a possibilidade de nova oscilação perante a crise social e institucional da atividade política brasileira.

Em síntese, a Corte Suprema, por maioria, denegou a ordem, pedida pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, reconhecendo a possibilidade de prisão após o julgamento dos recursos em segunda instância.

Ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram pela concessão da ordem, por entenderem que o art. 5º, LVII, da CF não permitiria o cumprimento da sentença antes do trânsito em julgado.

Prevaleceu o entendimento da possibilidade de prisão após a segunda instância defendida pelo Ministro Relator Edson Fachin, acompanhado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia (presidente), por entenderem, em apertada síntese, não haver alteração

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 126292/SP. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17, de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 152752/PR. Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 5, de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

no panorama jurídico desde o julgamento do HC 126.292/SP, suficiente para autorizar que seja considerado ilegal o ato coator.

Chama a atenção a aplicação do Precedente pela Ministra Rosa Weber que, durante o julgamento, dispôs:

Compreendido o tribunal, no caso o STF, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência. Como tampouco, o são razões de natureza pragmática ou conjuntural. Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz²⁵.

O voto convergente da Ministra Rosa Weber traduz a preocupação doutrinária com o problema de alteração da *ratio decidendi* das decisões provenientes das Cortes de superposição, sem que haja razão para tanto²⁶.

4 IMPLICAÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA OSCILANTE NO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

A ideia de um sistema de precedentes é a harmonização e a previsibilidade das decisões, para efetivamente ocorrer à segurança jurídica das relações postas ao conflito no Judiciário, contudo o acerto da interpretação legislativa não pode ficar de segundo plano, pois a estabilidade de decisão inconstitucional ou mesmo em desacordo com a lei infraconstitucional apenas posterga a oscilação jurídica.

O efeito imediato da jurisprudência oscilante, em um sistema de precedentes obrigatórios é, portanto, a falta de segurança jurídica, conforme dispõe Pedro Miranda de Oliveira e Rene José Anderle:

A segurança, portanto, não decorre propriamente da lei, mas principalmente das decisões proferidas pelos tribunais. Apenas pode ser garantida, respeitando a igualdade perante a interpretação dos juízes. Se os tribunais emitem decisões

²⁵ GLOBO. Política. *FRASES: veja como votaram os ministros do STF no julgamento do habeas corpus de Lula*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-no-julgamento-do-habeas-corporus-de-lula.ghtml>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante no STJ: ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 237.

contraditórias, aplicando o mesmo dispositivo legal em diversos sentidos, o que se terá é insegurança jurídica²⁷.

Em segundo plano esse efeito predominante no Brasil engendra violação ao princípio da isonomia e, conseqüentemente, um mau sentimento no jurisdicionado, que sensível às injustiças e aos tratamentos diversos, *ex vi* a repercussão hodierna e negativa do HC 152.752/PR, nos meios de comunicação. Da mesma forma, frustra-se o objetivo de previsibilidade do sistema jurídico, porque o desrespeito à jurisprudência ou ao precedente, pelos próprios Tribunais de superposição, fomenta as grandes “viradas”, “guinadas”²⁸, no curso do processo.

Ressalte-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ou mesmo dos Regionais, não devem ser imutáveis. As evoluções na jurisprudência devem acompanhar o desenvolvimento social, de modo a serem atuais e coerentes com a realidade.

Evidente que a busca pela correção e o acerto das decisões devem permitir as alterações em julgamentos posteriores, em nome do desenvolvimento do direito e evolução social. Logo, necessita-se de aprimoramento das ferramentas preventivas de segurança jurídica, como a modulação dos efeitos, a revisão da inaplicabilidade do princípio da irretroatividade da jurisprudência e anúncio público prévio de possível mudança²⁹.

Isto porque, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que os recursos decididos anteriormente, pelo precedente superado, sejam redecididos à luz do novo posicionamento. Exatamente porque a alteração da jurisprudência, ao revés da Lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*³⁰.

²⁷ OLIVEIRA, Pedro de Miranda; ANDERLE, Rene José. *O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?*. São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014. p. 308.

²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante no STJ: ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 227.

²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45.

³⁰ BRASIL. *Tramitação do PL 8.046/2010*. Exposição de motivos da comissão de juristas. p. 8. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

Contudo, o *decisum* dos Tribunais deve acompanhar a legalidade e a evolução social, ao revés da mutação por conveniência ou ego individual, como demonstrado. Ou seja, as alterações na jurisprudência consolidada não podem ser bruscas, precipitadas, inesperadas, porque simplesmente a sociedade não se altera repentinamente.

De certo que, questões unicamente processuais merecem ainda mais atenção, pois qualquer mudança nessa área trata-se de “pensar melhor” e não evolução social, não podendo os jurisdicionados serem surpreendidos por meros caprichos de praticidade dos próprios Tribunais³¹.

Apenas para esclarecimento simbólico, cita-se o caso da OJ n. 320/TST, sobre protocolo integrado. Este sistema foi criado para permitir o peticionamento em diversas localidades, como forma de interação entre as regiões do interior e os Tribunais. Abruptamente, o TST afirmou que este protocolo seria válido apenas para petições destinados ao próprio Tribunal local e não ao TST. Então, passou a inadmitir todos os recursos protocolados pelo sistema integrado, mesmo tendo sido protocolados antes deste posicionamento (e já se encontrarem no âmbito do TST), simplesmente porque não existe princípio da irretroatividade da jurisprudência.

Mudanças abruptas por conveniência ou funcionalidade estratégico do próprio sistema judiciário, ou qualquer outra situação estritamente processual não trata evolução do pensamento, ou evolução social.

Os efeitos da oscilação representam hesitações nas tomadas de decisões. O amadurecimento das posições deve respeitar o tempo e traduzir a evolução natural da sociedade, sendo que a criatividade do Juízo deve respeitar a coerência do sistema e, evidentemente, os precedentes obrigatórios.

A negatividade da liberdade de decidir está na criatividade por vontade, ou por ego de se afirmar posicionamento divergente, ainda mais nociva quando ocorre em Tribunal uniformizador, o qual deveria preservar e estabilizar a interpretação

³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante no STJ: ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 236.

legislativa, sob pena de comprometer a segurança jurídica, a isonomia e a estabilidade do sistema jurídico.

Em última análise, a oscilação da jurisprudência verdadeiramente inverte o objetivo da aproximação entre os sistemas da *civil law* e *common law*, pois em um sistema de precedentes quando mutáveis a qualquer tempo incentiva o jurisdicionado a prolar o resultado das demandas, na esperança da “guinada” jurisprudencial.

Portanto, o sistema de precedentes obrigatórios na *civil law*, criado exatamente para harmonizar os entendimentos e, assim, exercer o controle numérico das demandas, está comprometido pela motivação recursal. Frise-se, a tendência à diminuição do número de recursos interpostos aos Tribunais Superiores é resultado inexorável da jurisprudência uniforme e estável.

O sistema atual, inversamente, motiva os jurisdicionados a recorrer quando se vê, no TST, o posicionamento firmado a mais de dez anos sendo superado por um único julgamento em recurso repetitivo.

Igualmente, a interposição recursal não cessará, mesmo após a delimitação da matéria em repetitivo pelo STJ, porque quase metade dos julgadores no caso do prazo prescricional para ajuizamento de execução individual de sentença coletiva, às vésperas da pacificação formal expressa, mudaram de posição.

Ainda mais *Habeas Corpus* serão impetrados após o julgamento do HC 152.752/PR, ou outras formas de devolver o tema serão impostos ao STF, porquanto a decisão entre a liberdade e a prisão do condenado foi decidida por um único voto (frise-se: contrário a convicção pessoal da Ministra prolatora). Não é difícil imaginar um resultado diferente no próximo julgamento televisionado, após a aposentadoria de um único membro da Suprema Corte.

Assim, o advogado irá e deverá interpor quantos recursos estiverem disponíveis, ou ainda impetrará Mandado de Segurança quando lhe faltar opções, porque a oscilação dos precedentes não o permite afirmar ao cliente se a pretensão está ou não realmente perdida. Na dúvida, é melhor embargar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inexiste, portanto, a efetiva estabilidade das decisões dos Tribunais Superiores, como se espera dos representantes da uniformização da interpretação da Lei, pois o que se vê são inúmeras decisões que se vinculam mesmo instáveis e grandes reviravoltas no maior instrumento uniformizador das Cortes: o recurso repetitivo, o qual inclusive maioria simples é suficiente para vincular o precedente.

Não obstante os desejos do legislador de estabilização e uniformidade da jurisprudência, os instrumentos pacificadores foram e estão sendo utilizados para exatamente modificar o trabalho construído pelo tempo, em verdadeiro desrespeito ao motivo fim do Código de Processo Civil, o qual traduz a função constitucional das Cortes.

A liberdade de decidir e a evolução da sociedade não são óbices à sedimentação da jurisprudência, pois existem mecanismos suficientes para eventual superação, *ex vi* a modulação dos efeitos, como ocorreu no caso do divisor bancário, no TST. Ou seja, eventuais alterações na jurisprudência devem ser cautelosas, porque não existe mudança repentina na sociedade.

Assim, a oscilação na jurisprudência, que resulta logicamente em insegurança jurídica, ausência de isonomia e incentiva a interposição de recursos até o esgotamento, pela esperança de reviravolta no posicionamento consolidado, deve ser confrontada em nome do objetivo constitucional das Cortes Superiores: nortear o posicionamento pacífico do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1070896/SC*. Segunda Seção. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Banco do Brasil S.A. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, 4, de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9597811&num_registro=200801158256&data=20100804&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1273643/PR*. Segunda Seção. Recorrente: Itaú Unibanco S.A. Recorridos: Cristiane Toledo Martins Zorzi e outros. Relator: Ministro Sidnei Beneti, 4, de abril de 2013.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199073&num_registro=201101014600&data=20130404&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 126292/SP*. Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17, de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 152752/PR*. Tribunal Pleno. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Fachin, 5, de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84078/MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, 26, de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. *Tramitação do PL 8.046/2010*. Exposição de motivos da comissão de juristas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental. *AgR-E-RR169100-64.2009.5.15.0140*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Agravante: Banco Bradesco S.A. Agravada: Valdileine Isabel de Souza. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 26, de setembro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=169100&digitoTst=64&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0140&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos. *E-RR-1873-39.2012.5.09.0325*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Embargante: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Cianorte e Região. Embargado: Itaú Unibanco S.A. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 10, de outubro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1873&digitoTst=39&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0325&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Repetitivo. *IRR - 849-83.2013.5.03.0138*. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Recorrente:

Banco Santander (Brasil) S.A. Recorrida: Rosângela Antônia de Oliveira Gomes. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 19, de dezembro de 2016. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=849&digitoTst=83&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0138&submit=Consultar>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERREIRA, Antonio Carlos. *Direito processual civil e súmulas do STJ: o papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

FUX, Luiz. *O novo processo civil: o novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GLOBO. Política. *FRASES: veja como votaram os ministros do STF no julgamento do habeas corpus de Lula*. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/politica/noticia/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-no-julgamento-do-habeas-corpus-de-lula.ghtml>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência: o novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Pedro de Miranda; ANDERLE, Rene José. *O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?*. São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial: direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante no STJ: ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais: o papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

INCOMPATIBILIDADE ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E O PAPEL CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDO ÀS CORTES DE SOBREPOSIÇÃO NO QUE SE REFERE À FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

THE INCOMPATIBILITY BETWEEN THE DEFENSIVE JURISPRUDENCE AND THE CONSTITUTIONAL ROLE ATTRIBUTED TO THE OVERLAPPING COURTS WITH REGARD TO THE FORMATION OF MANDATORY PRECEDENTS

Lucas Soares da Penha¹

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade demonstrar a incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva formada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em detrimento da função constitucional atribuída às Cortes de Sobreposição, em relação à formação dos precedentes obrigatórios. Abordando, para tanto, as questões atinentes à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, ao princípio da segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional ofertada pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva. Tribunais Superiores. Precedentes obrigatórios.

ABSTRACT

The present study has the purpose of demonstrating the incompatibility between the defensive jurisprudence formed in the scope of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, to the detriment of the constitutional function attributed to the Overlapping Courts, in relation to the formation of mandatory precedents. In order to do so, it addresses issues related to the constitutional guarantee of access to the Judiciary, the principle of legal certainty and the effectiveness of the jurisdictional provision offered by the Brazilian Democratic State.

Keywords: Defensive jurisprudence. High Courts. Mandatory precedents.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, serão abordadas, no presente estudo, as questões atinentes ao papel constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos dias atuais, levando-se em consideração o que lhes foi

¹ Estudo realizado com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

atribuído pela Constituição Federal de 1988, bem como o ponto de vista doutrinário sobre o tema.

Seguindo a linha de raciocínio delimitada para a apresentação deste artigo, em contrapartida ao papel constitucional dos Tribunais de Sobreposição do Estado Democrático de Direito, surgiu a jurisprudência defensiva, muitas vezes utilizada como mecanismo de não conhecimento de recursos, por questões demasiadamente técnicas e rígidas, mas que se reveste numa falsa sensação de celeridade processual e de segurança jurídica.

Por fim, o impacto da conjugação desses dois assuntos supracitados na formação dos precedentes obrigatórios, cujos orientam todos os demais tribunais pátrios das instâncias ordinárias, norteados não só o a jurisprudência que deve ser adotada para determinados casos que versem sobre a mesma matéria, seja de direito ou processual, bem como determinam a maneira como a sociedade deve se comportar diante do entendimento assentado, de forma direta e indireta.

Posto isto, fez-se uma análise acerca do papel constitucional atribuído aos Tribunais de Sobreposição e se esta função/dever vem atendendo aos anseios dos litigantes que buscam o Poder Judiciário, assim como dos advogados que atuam perante as mais diversas instâncias e da sociedade de uma forma mais genérica, procurando a mais alta efetividade processual na prestação jurisdicional, porém sem se afastar do senso de justiça.

2 O PAPEL CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Primeiramente, serão abordadas as questões atinentes ao papel constitucional das Cortes de Sobreposição do Estado Democrático Brasileiro, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com o fito de se conhecer as funções atribuídas a cada um destes tribunais tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pelo entendimento doutrinário.

Nesse contexto, visando à melhor elucidação do tema aqui abordado, será o presente tópico desenvolvido com dois enfoques específicos antes de sua conclusão. O primeiro diz respeito ao desenvolvimento do papel constitucional da Corte

Suprema. E, por consequência lógica, o segundo se aterá ao papel constitucional do Tribunal da Cidadania.

Como é de amplo conhecimento, o Supremo Tribunal Federal, que foi criado no final do século XIX, tinha precipuamente a finalidade básica de promover o controle de constitucionalidade das leis vigentes à época.

Com o passar dos anos e com a promulgação das Cartas Magnas pretéritas até chegarmos à Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, o Supremo Tribunal Federal passou por diversas modificações, seja em sua composição ou até mesmo em sua nomenclatura, haja vista que em 1934 passou a ser chamado apenas de “Corte Suprema”, tal denominação só perdurou até o ano de 1937.²

Contudo, levemos em consideração tão somente o papel constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais, para que não fuçamos do tema central que será devidamente abordado neste estudo.

A Carta Magna de 1988 dispensa especial atenção ao Supremo Tribunal Federal nos seus artigos 101, 102 e 103³, para ser preciso, por meio dos quais são dispostas regras de composição, de competência e de atuação.

Mencionadas as questões, superficialmente, concernentes ao Supremo Tribunal Federal, passa-se a ser abordado o tema referente ao papel constitucional da mais alta Corte do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Num primeiro momento, é necessário ter-se a noção de que o Supremo Tribunal Federal não pode, não deve e não é meramente uma corte de revisão dos tribunais ordinários, considerando que a Constituição Federal lhe impõe atribuições muito mais específicas e direcionadas à melhor prestação jurisdicional aos cidadãos, não necessariamente apenas aos próprios litigantes, como será visto adiante.

Desse modo, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o controle de constitucionalidade da

² BRASIL. *Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

legislação vigente em todo o território nacional, fazendo prevalecer, também, os princípios trazidos no escopo da Carta Magna, visando ao aperfeiçoamento e à modernização das normas ali contidas, de acordo com o avanço da sociedade, tornando o ordenamento jurídico constitucional unificado, conciso e, sobretudo, coerente.

Para tanto, há de se considerar que o bem da vida pleiteado e levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal transcenda às partes litigantes, sendo que estas e o processo formado são os instrumentos que viabilizam o debate do tema central da controvérsia pelos ministros da Corte Maior, ou seja, que objeto da demanda possua repercussão geral, em especial no controle concentrado de constitucionalidade.

Este é o entendimento externado por Gilmar Ferreira Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, no excerto abaixo colacionado:

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. Tal perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.⁴

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem caminhado, nos últimos anos, para um sistema de formação de precedentes, buscando uma maior efetividade processual sem, contudo, cercear a garantia de acesso ao Poder Judiciário dos jurisdicionados, insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Esta modalidade adotada pela Corte Máxima trata-se de uma adaptação do sistema da *common law*, que é contemplado pelo sistema estadunidense.

Isto ocorre porque, repisa-se, é necessário afastar a falsa ideia de que o Supremo Tribunal Federal seja um tribunal de revisão das instâncias ordinárias, de que toda e qualquer demanda chegue ao seu conhecimento, em especial os recursos

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *As decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas (art. 22 a 26)*. Material da 6ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, matéria da aula ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL- IDP-REDE LFG. p.100.

extraordinários, deva ser devidamente analisada por mero inconformismo da parte vencida com o julgamento proferido pelos órgãos colegiados das instâncias *a quo*.

Desse modo, há uma nítida valorização das suas decisões, que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário de menor grau hierárquico, bem como os da Administração Pública, direta e indireta, ao entendimento assentado no âmbito da Corte Suprema. Caso contrário, estariam sendo violados a força normativa da Constituição Federal e o princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Tal vinculação também pode ocorrer por conta do força do efeito *erga omnes* das questões constitucionais decididas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado.

Em suma, cabe ao Guardião da Constituição garantir o cumprimento das normas, princípios e preceitos constitucionais constantes da Lei Maior, de uma forma coesa, coerente e eficaz, buscando sempre ao aperfeiçoamento de tais entendimentos com o passar do tempo, com o fito de trazer um ar harmônico de segurança jurídica aos jurisdicionados.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, o mesmo tem uma função semelhante à desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, mas com competência diferente e com um aspecto mais voltado à aplicação do direito às partes litigantes, mesmo que tenha as demandas repetitivas que sirvam de orientação para a aplicação de determinado direito tutelado aos demais casos que versem sobre a mesma matéria, sempre referente à legislação infraconstitucional. Ou seja, as lides decididas pelo Tribunal da Cidadania têm um caráter mais *inter partes*, via de regra.

Dito isto, criado quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, visando ao desafogo do Supremo Tribunal Federal, que passava por uma crise em razão do alto número de processos em seu acervo, o Superior Tribunal de Justiça tem por principal característica a uniformização da interpretação da legislação federal.

Considerando as peculiaridades e as competências de cada Corte de Sobreposição, o Superior Tribunal de Justiça exerce função semelhante a do Supremo Tribunal Federal, com relação a legislação infraconstitucional, tendo como

principal característica a uniformização da interpretação da legislação federal em todo âmbito nacional, nos termos descritos em seu próprio sítio eletrônico⁵.

Nesse sentido, destaca Luiz Guilherme Marinoni:

Ao decidir, o STJ agrega conteúdo à ordem jurídica vinculante, que deixa, assim, de constituir sinônimo de ordem legislada. Por consequência, a “decisão” da Corte passa a orientar a vida em sociedade e a regular os casos futuros. Se a Corte reconstrói o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica apenas não serão violadas se o precedente instituído for respeitado pelos juízes e tribunais inferiores. De modo que a obrigação de respeito é tão somente consequência da função contemporânea da Corte.⁶

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trata das regras de competência e de composição do Superior Tribunal de Justiça em seus artigos 104 e 105.

Conforme o excerto acima transcrito, cabe ao Tribunal da Cidadania promover a uniformização da interpretação do direito infraconstitucional visando à melhor prestação jurisdicional aos litigantes, garantindo, assim, de forma coesa e coerente, o cumprimento fiel da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais.

Neste contexto, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm por atribuições primordiais promover a melhor aplicação do direito e da legislação brasileira, seja de cunho constitucional ou infraconstitucional, propiciando um ambiente harmônico ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que as decisões tomadas por estas duas Cortes de Sobreposição afetam diretamente a sociedade como um todo.

Ocorre que, muitas vezes, a função essencial dessas Cortes não é cumprida fielmente sob os mais diversos argumentos, e, em razão disso, acaba prejudicando o sistema de formação de precedentes, o qual é buscado para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, conforme será visto a seguir.

⁵ BRASIL. Sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o novo CPC 2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

3 A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NOS TRIBUNAIS DE SOBREPOSIÇÃO

A jurisprudência defensiva nada mais é do que os meios empregados pelos tribunais pátrios, em especial pelos Tribunais Superiores, visando ao não conhecimento de recursos em virtude, muitas vezes, dos óbices constantes de enunciados sumulares e de jurisprudências majoritárias que apregoam um exacerbado rigor técnico em relação aos pressupostos de admissibilidade na esfera recursal.

Apesar de necessário, a meu ver, o formalismo que circunda o processo civil brasileiro para que a atividade jurídica dos advogados públicos ou privados não se torne banalizada, abrindo brecha para o fornecimento de um serviço não satisfatório à quem busca o Poder Judiciário, tal prática vem sendo levada ao extremismo pelos Tribunais Superiores, ao ponto de se utilizarem diversos enunciados sumulares, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, com o fito de impedir a análise do direito que fora submetido aos ministros componentes dos Tribunais de Sobreposição.

Apenas a título de informação, seguem abaixo colacionados alguns enunciados sumulares dos quais se utilizam constantemente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para, a meu sentir, obstaculizar o conhecimento de recursos extraordinários e especiais, respectivamente, inviabilizando a análise de mérito das lides:

Súmula nº 282/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.⁷

Súmula nº 283/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.⁸

Súmula nº 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.⁹

⁷ BRASIL. Aplicação das Súmulas no STF. *Súmula 282/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁸ BRASIL. Aplicação das Súmulas no STF. *Súmula 283/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2226>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Súmula nº 182/STJ: É inviável o agravo do art. 545 do cpc que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.¹⁰

Desse modo, esta prática corriqueira com a qual temos de lidar cotidianamente vem sofrendo duras críticas pela doutrina brasileira, conforme será devidamente visto no corpo deste estudo.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, houve mudanças no sentido de se privilegiar o julgamento de mérito, seja nas instâncias ordinárias ou nas superiores, tornando-se mais flexível também a superação de pressupostos de admissibilidade recursal mais brandos, que possam ser sanados após uma análise superficial, na busca de uma entrega da prestação jurisdicional mais eficiente, mas esta prática ainda não foi totalmente implementada pelos Tribunais Superiores.

Com efeito, para melhor elucidar a aplicação da jurisprudência defensiva, não só aquela constante dos mais variados tipos de enunciados sumulares, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o seguinte entendimento em relação à inadmissão de recurso especial cujo, no momento de interposição, não foi comprovada sua tempestividade, em razão da ocorrência de feriado local:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO. DIAS QUE PRECEDEM A SEXTA-FEIRA DA PAIXÃO. FERIADO LOCAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO. JUNTADA POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CPC/2015.

1 - O art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, estabelece que o recorrente provará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, o que impossibilita a regularização posterior.

2 - Os dias que antecedem a sexta-feira da Paixão não são previstos como feriado nacional em lei federal e, por isso, são considerados feriado local, que necessita ser comprovado.

3 - Considerando que o recurso especial foi interposto sob a égide do CPC/2015 e que não houve a comprovação do feriado local, quando de sua interposição, não há como ser afastada a sua intempestividade.

⁹ BRASIL. Enunciados Sumulares do STJ. *Súmula 7/STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%277%27>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹⁰ BRASIL. Enunciados Sumulares do STJ. *Súmula 182/STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27182%27>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

4 - Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.

(AgInt no AREsp 1209624/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018)¹¹

A leitura do acórdão acima transcrito não deixa dúvidas quanto à formação e à aplicação da jurisprudência defensiva no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, camuflada sob o manto de aplicação – literal – da legislação processual, mais precisamente do comando disposto no artigo 1.003, §6º, do novel Código de Processo Civil, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.¹²

Destarte, diante dos exemplos supracitados – óbices sumulares e acórdão do STJ – que indicam a materialização da jurisprudência defensiva, não se mostra razoável dizer que os Tribunais de Sobreposição estão cumprindo seu papel constitucional perante a sociedade, na medida em que os mesmos se furtam de analisar o mérito das questões que lhes são submetidas, sob os mais diversos fundamentos.

Sobre o tema em voga, assim pontua José Miguel Garcia Medina:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a

¹¹ BRASIL. Agravo Interno. *AgInt no ARESp 1209624/SC*. Terceira Turma. 1ª Parte: Maria Leni Hendges Berticelli. 2ª Parte: Eliane Salete Godoy. Relatora Nancy Andrigli. Brasília/DF, 20 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Comprovacao+feriado+local&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹² BRASIL. *Lei nº 13.105, DE 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei.¹³

Ademais, considerando esta postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, o senso de justiça resta deixado em segundo plano, prevalecendo, de uma maneira equivocada, uma falsa sensação de celeridade processual e de segurança jurídica. Aliás, estes dois últimos institutos são demasiadamente usados, repita-se, da maneira inadequada, a meu ver, em detrimento da análise de mérito dos processos que chegam aos Tribunais Superiores, no que tange à aplicação indiscriminada da jurisprudência defensiva.

Sob um prisma, mesmo que não correspondente à realidade jurídica vivida, de segurança jurídica e de celeridade processual, os processos destinados às instâncias superiores vêm cumprindo um papel meramente formal, seguindo exatamente os trâmites consignados no Código Processo Civil e na Constituição Federal de 1988, mas que não cumprem suas respectivas finalidades, quais sejam: a observância ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à garantia ao acesso ao Poder Judiciário, ao direito de petição, à eficácia e à previsibilidade das decisões judiciais; mas estes trâmites não servem apenas para abrilhantar uma demanda, não são somente um cumprimento protocolar e formal na instrução e marcha processuais, os mesmos têm funções essenciais à uma entrega, aos litigantes, da mais correta e justa prestação jurisdicional, resguardando-se, inclusive, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ora, não é minimante razoável um processo passar por todas essas fases ao longo do seu trâmite para chegar às instâncias superiores e ter seu mérito relegado com uma simples decisão monocrática de não conhecimento do recurso, como é visto corriqueiramente.

Um dos principais argumentos de que vêm se utilizando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para justificar a manutenção da jurisprudência defensiva diz respeito ao elevado número de processos em seus respectivos acervos. Contudo, não há escusa plausível para o oferecimento de uma

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

prestação jurisdicional que não atenda amplamente às garantias impostas pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico pátrio.

A título exemplificativo, seguem as estatísticas de processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2017. Esta Corte Superior julgou, entre os meses janeiro a dezembro do ano pretérito, um absurdo número de 392.963¹⁴ (trezentos e noventa e dois mil, novecentos e sessenta e três) processos, segundo informação constante de seu próprio sítio eletrônico.

A informação acima colacionada pode dar uma falsa sensação de celeridade processual e entrega eficaz da prestação jurisdicional ofertada pelo Estado, mas, no meu entendimento, remete apenas a um número humanamente impossível de ser atingido pelos trinta e três ministros que compõem aquela Corte, mesmo com todo o aparato que os cercam em seus gabinetes. Dentre essas milhares de decisões, não há como se garantir uma aplicação uniforme do direito, o fiel cumprimento da segurança jurídica, não há como se evitar um enorme número de decisões conflitantes para casos idênticos. Porém, tais números se mostram motivo de orgulho, em especial nas últimas sessões de julgamento do ano, nas quais essas estatísticas são levadas ao conhecimento do público presente no órgão colegiado.

Diante do exposto, a jurisprudência defensiva vem ocupando cada vez mais espaço no âmbito dos Tribunais de Sobreposição, a despeito da tentativa do novo Código de Processo Civil de privilegiar o julgamento de mérito dos processos, causando enorme insegurança jurídica e afrontando, sobretudo, a previsibilidade das decisões judiciais.

4 A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O último tópico argumentativo deste estudo, tem por finalidade tecer breves considerações a respeito do tema concernente à formação dos precedentes obrigatórios, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração o papel constitucional das Cortes Superiores.

¹⁴ BRASIL. *Relatório Estatístico de 2017 do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Isto porque um sistema que privilegia a formação de precedentes com o intuito de fornecer aos jurisdicionados uma melhor prestação jurisdicional, seguindo a linha da igualdade, da celeridade, da segurança jurídica e da coerência do direito aplicado, se mostra um caminho mais acertado, desde que respeitados todos os direitos constitucionais de que gozam os litigantes, para, assim, não se cair naquela falsa sensação de justiça delimitada no tópico anterior deste estudo.

Ou seja, em síntese, os precedentes obrigatórios são aqueles destinados a promover a uniformização da interpretação da legislação constitucional e infraconstitucional, visando ao não cometimento de prolação de decisões distintas em casos idênticos, convergindo, portanto, com o papel constitucional dos Tribunais Superiores.

Desse modo, a jurisprudência uniforme é sinônimo, pode-se assim dizer, de segurança jurídica, no sentido em que não haja decisões conflitantes para os casos nos quais o bem da vida pleiteado se apresenta de forma idêntica. Logo, tal medida levaria ao tão buscado ponto da previsibilidade das decisões judiciais, medida que deveria se impor nos ambientes dos tribunais, sobretudo, dos Tribunais de Sobreposição.

Seguindo o raciocínio no que tange à coerência de que deveria padecer as decisões judiciais, as mesmas, além disso, têm de ser previsíveis, conforme já mencionado no corpo deste artigo, contemplando o binômio formado pelos princípios da segurança jurídica e da confiança.

Decisões distintas proferidas em casos idênticos no âmbito dos tribunais nacionais, às vezes até mesmo dentro de um mesmo órgão colegiado de uma corte específica, afrontam os ditames da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais, causando uma instabilidade de imensa proporção no ordenamento de jurídico.

Assim, tentando chegar ao grau máximo de previsibilidade das decisões judiciais e de coerência na interpretação e aplicação do direito, surgiram os institutos da repercussão geral e do recurso repetitivo, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Estes dois institutos possuem efeitos vinculantes, na medida em que os processos são decididos pelas Cortes Superiores, os demais tribunais ordinários têm que aplicar o entendimento consignado pelas instâncias *ad quem*, respeitando-se, dessa maneira, a hierarquia dos precedentes.

Esta medida tocante à criação dos precedentes obrigatórios mostrou-se como uma inovação surpreendentemente boa, na teoria, haja vista que diversas lides, em especial aquelas que têm o volume numérico muito elevado e versem sobre a mesma matéria, possam ser decididas de uma maneira mais célere sem que haja a violação da segurança jurídica.

Ocorre que, em alguns casos, as demandas decididas sob a sistemática dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, são utilizadas da maneira inversa ao que constitui a jurisprudência defensiva, mas que, ao final e ao cabo, acabam obtendo resultados práticos semelhantes. Explico.

Um determinando entendimento consignado em sede de um recurso repetitivo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é aplicado indiscriminadamente a diversos casos, sem que haja uma análise minuciosa acerca da semelhança fática e jurídica dos processos. Fazendo, desse modo, com que seja aplicada a um processo a tese firmada no julgamento do recurso repetitivo, mesmo que não haja semelhança entre ambos.

Ou seja, no caso da jurisprudência defensiva o mérito não é sequer analisado, em razão do não conhecimento do recurso, já no caso da tese firmada em sede de recurso repetitivo que é aplicada indiscriminadamente, o mérito é analisado, porém de uma maneira equivocada. Logo, temos que as decisões proferidas em ambas hipóteses não contemplam à garantia da segurança jurídica nem à eficácia processual na prestação jurisdicional, conseqüentemente, os litigantes ficam igualmente com a impressão de que o Poder Judiciário não lhe amparou como deveria.

Posto isto, é de extrema relevância a formação dos precedentes obrigatórios, desde que os mesmos sejam aplicados da forma correta e sem que haja a necessidade de diminuir o acervo processual dos Tribunais Superiores, pois, se assim o fizer, a aplicação e a interpretação do direito, seja ele constitucional ou infraconstitucional,

convergirão para o tão buscado senso de justiça, inclusive, em relação aos próprios magistrados.

5 CONCLUSÃO

Em relação ao tema que deu origem ao presente estudo, a incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e o papel constitucional das Cortes de Sobreposição no que se refere à formação dos precedentes obrigatórios, foram feitas análises doutrinárias e jurisprudenciais com o objetivo de se demonstrar a prática adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de não adentrar no mérito dos recursos extraordinários e especiais, respectivamente, obstaculizando uma correta prestação jurisdicional pelo Estado Democrático de Direito.

Foram abordados os temas concernentes ao papel constitucional desempenhado pelos Tribunais de Sobreposição, à aplicação da jurisprudência defensiva no âmbito das instâncias superiores e à formação dos precedentes obrigatórios que servem de orientação para a melhor aplicação e interpretação do direito constitucional e infraconstitucional pelos tribunais ordinários.

Neste ponto, restou demonstrado que o papel constitucional atribuído ao Supremo Tribunal Federal diz respeito ao resguardo da Constituição Federal de 1988, com o fito de buscar a unificação das questões atinentes ao direito constitucional, tornando a prestação jurisdicional coesa e coerente, sobretudo, justa aos jurisdicionados que se socorrem do Poder Judiciário.

Ademais, viu-se que a função constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça se assemelha à função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, mas, devidamente guardadas as proporções, com a competência diferente, uma vez que o Tribunal da Cidadania tem por função primordial a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional.

Foi igualmente desenvolvido o tema acerca da aplicação da jurisprudência defensiva, a qual se consubstancia em uma postura adotada pelos Tribunais Superiores no sentido de se obstaculizar o exame de mérito dos recursos, por meio de enunciados sumulares e de jurisprudências que não refletem o atual cenário

jurídico, mostrando um excesso de rigor técnico em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, a despeito de o novo Código de Processo Civil flexibilizar tais requisitos, buscando sempre que possível, dentro razoabilidade, o julgamento de mérito das demandas ajuizadas perante algum órgão do Poder Judiciário.

Também foram ventiladas questões correspondentes à formação dos precedentes obrigatórios, destacando sua relevância para que haja um ordenamento jurídico coeso e coerente, respeitando-se, assim, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Tendo sido feitas essas breves considerações acerca da incompatibilidade entre a jurisprudência defensiva e o papel constitucional das Cortes de Sobreposição no que se refere à formação dos precedentes obrigatórios, passam-se as conclusões obtidas com a realização deste estudo.

Com efeito, tendo em vista o atual cenário jurídico brasileiro, a meu ver, colidem frontalmente os conceitos de função constitucional dos Tribunais Superiores e de jurisprudência defensiva, na medida em que vem sendo adotada esta postura mais rígida no tocante ao conhecimento dos recursos extraordinários e especiais, inviabilizando a análise de mérito dos feitos que chegam às instâncias superiores.

No mais, em relação à formação dos precedentes obrigatórios, a despeito de serem muitas vezes mal utilizados por quem tem o dever de aplica-los, estes cumprem um papel muito importante no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, com sua materialização, busca-se uma interpretação e aplicação mais uniforme da legislação constitucional e infraconstitucional.

Ocorre que, com a multiplicação de casos em que são prematuramente ceifados pelos Tribunais Superiores em razão da aplicação da jurisprudência defensiva, o precedentes obrigatórios acabam por restar prejudicados, considerando o alto rigor técnico empregado pelos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, pois o exame de mérito não chega a sequer ser enfrentado, o que pode ocasionar numa falsa interpretação da situação jurídica e das demandas de maior volume, que necessitem de um posicionamento destes dois tribunais, em sede de repercussão geral ou de recurso repetitivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo Interno. *AgInt no ARES P 1209624/SC*. Terceira Turma. 1ª Parte: Maria Leni Hendges Berticelli. 2ª Parte: Eliane Salete Godoy. Relatora Nancy Andri ghi. Brasília/DF, 20 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Comprovacao+feriado+local&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Aplicação das Súmulas no STF. *Súmula 282/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Aplicação das Súmulas no STF. *Súmula 283/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2226>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Enunciados Sumulares do STJ. *Súmula 7/STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%277%27>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Enunciados Sumulares do STJ. *Súmula 182/STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27182%27>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Relatório Estatístico de 2017 do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das cortes supremas e o novo CPC 2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em 13 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *As decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas (art. 22 a 26)*. Material da 6ª aula da Disciplina Controle de Constitucionalidade, matéria da aula ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.