

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rafael de Oliveira Guimarães

**Sobre as decisões monocráticas nos Tribunais. O manejo dos agravos interno
e regimental**

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
SUB-ÁREA DE PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rafael de Oliveira Guimarães

**Sobre as decisões monocráticas nos Tribunais. O manejo dos agravos interno
e regimental**

MESTRADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS
SUB-ÁREA DE PROCESSO CIVIL

Trabalho Final apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sub-área de Processo Civil, sob orientação da Prof^a Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier.

SÃO PAULO
2008

Sobre as decisões monocráticas nos Tribunais. O manejo dos agravos interno e regimental

Rafael de Oliveira Guimarães

Banca Examinadora:

Prof^ª. Orientadora: Teresa Arruda Alvim Wambier

Prof.

Prof.

São Paulo, ____ de março de 2008.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo abordar a problemática das decisões, monocraticamente proferidas pelos desembargadores e ministros relatores, envolvendo a questão da sua irrecorribilidade introduzida pelas reformas do Judiciário, a exemplo da inovação do parágrafo único do artigo 527 no Código de Processo Civil. Situação na qual, vislumbra-se uma divergência de interesses entre os princípios do duplo grau de jurisdição e o da colegialidade frente ao princípio da economia e a celeridade processual. De sorte que, em busca do “desafogamento” das Turmas recursais, por vezes, tornam-se prejudicados o próprio direito de recorrer ou provoca-se o impedimento à tutela antecipada urgente, tendo como consequência inevitável o aumento, em número, de outros remédios processuais, a exemplo do mandado de segurança. Para tanto, o trabalho inicialmente aborda os princípios respeitantes nos Tribunais, para em seguida analisar o poder de decisão dos relatores, bem como elucidar os meios disponíveis para impugnar as decisões monocráticas, verdadeiramente designados de Agravo Regimental e Agravo Interno, dentre outros meios de impugnação.

Palavras-chave: decisões monocráticas; recorribilidade; princípio da colegialidade.

Abstract

This search is committed to study about decisions made by only one judge on the superior courts, specially relating to their unappealable effects, which is been introduced to the procedure brazilian law by the amended judicial legislation reforms, as seen in the clause number 527, sole paragraph of Civil Procedure Code. Thus, it is clear a discussion among law principles such as the right of appeal and collegiate court versus the procedure economy and celerity. This is because, objecting to empty the Brazilian Courts, for many times, the reforms block the proper right of appeal and also interrupt any urgent guardianship, which should be given in the beginning of the appeal; as unpredictable consequence, it is remarkable an increasing of others procedure remedies, such as the writs of error coram nobis. For that, the present search, initially, talks about principles governing proceedings in the Courts, followed by analyse the power of a decision made by the court judge committed to decide primarily the judicial demand, before going to the collegiate, and finally, give clearly the proper remedies available to contest such decisions, reknown as Internal Interlocutory Appeal and Regimental Interlocutory Appeal, and others.

Key-words: monocratic judgement; unappealability; collegiate principle.

“Comeces fazendo o que é necessário;
depois faze o possível e, de repente, tu
estarás fazendo o impossível”.

(São Francisco de Assis, Itália, séc. XIII)

Agradecimentos

A Deus em primeiro lugar, pelo conforto espiritual e pelos caminhos mostrados.

Aos meus pais, Pedro e Sônia pelos ensinamentos, e, principalmente, pelo incentivo em todos os momentos.

Aos meus queridos irmãos, Maurício e Milena, pelo companheirismo de todas as horas.

Aos meus avós, Mercedes e Oswaldo (*in memoriam*) pela alegria de viver.

À Patrícia, pelo amor, estímulo, e motivação dos meus atos.

Aos colegas de trabalho pela compreensão.

Aos amigos de faculdade (o famoso G-7) pelo companheirismo, inclusive, nos momentos difíceis.

Ao CNPq, que tornou este trabalho possível.

Aos meus Professores Doutores Sérgio Shimura, João Batista Lopes, Donald Armelin, Celso Fernandes Campilongo e Jacy de Souza Mendonça, verdadeiros mestres na minha formação.

De forma toda especial, aos processualistas da minha vida, e aos grandes responsáveis por este curso de Mestrado: Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Ela pela orientação, incentivo desde a graduação, paciência e respeito que sempre teve comigo. Ele pela amizade, força, companheirismo e ensinamentos há mais de dez anos.

Enfim, a todos, que de alguma maneira, contribuíram para a realização, não só deste trabalho, mas para a realização da minha vida profissional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO	16
1.1 Conceito de Recurso	16
1.2 Natureza jurídica dos recursos	23
1.3 Do direito de recorrer.....	26
1.4 Dos atos processuais sujeitos a recurso	30
1.5 Dos princípios basilares dos recursos cíveis.....	36
1.5.1 Dos princípios jurídicos e sua importância	36
1.5.1.1 Dos conceitos básicos sobre princípios.....	37
1.5.1.2 Os princípios lógico, jurídico, político e econômico	43
1.5.1.3 Função dos princípios.....	45
1.5.1.4 Princípios e regras jurídicos e os conflitos entre os mesmos	46
1.5.2 Do princípio do duplo grau de jurisdição	54
1.5.3 Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	59
1.5.4 Princípio da Singularidade.....	62
1.5.5 Princípio da Fungibilidade	64
1.5.6 Princípio da Dialeticidade	69
1.5.7 Princípio da Voluntariedade.....	71

1.5.8	Princípio da Irrecorribilidade em separado das interlocutórias	72
1.5.9	Princípio da Complementariedade	73
1.5.10	Princípio da Consumação.....	74
1.5.11	Princípio das decisões juridicamente relevantes	75
2	DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS	78
2.1	Dos pressupostos extrínsecos	78
2.1.1	Do preparo.....	78
2.1.2	Tempestividade	82
2.1.3	Regularidade formal	87
2.2	Dos pressupostos intrínsecos	88
2.2.1	Do cabimento	88
2.2.2	Legitimidade para recorrer.....	89
2.2.3	Interesse em recorrer	92
2.2.4	Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer	94
3	OBSERVAÇÕES SOBRE ALGUNS RECURSOS EM ESPÉCIE	96
3.1	A apelação civil.....	96
3.2	O agravo de instrumento	99
3.3	Agravo retido	105
3.4	Os embargos de declaração	106
3.5	Embargos infringentes.....	109
3.6	Recursos excepcionais.....	114
4	DOS EFEITOS DOS RECURSOS	120
4.1	Do efeito obstativo.....	121
4.2	Do efeito suspensivo	122
4.3	Do efeito ativo	124
4.4	Do efeito regressivo.....	125
4.5	Do efeito deferido	125
4.6	Do efeito devolutivo	126
4.7	Do efeito translativo.....	128
4.8	Do efeito expansivo	129
4.9	Do efeito substitutivo	129

5	DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL	131
5.1	O que são tutelas de urgência, sua classificação.....	131
5.2	A diferenciação necessária entre tutela de urgência jurisdicional e tutela de urgência recursal	134
5.3	Do tratamento das tutelas de urgência.....	135
5.4	Do grau de cognição das tutelas de urgência nos tribunais	139
5.5	A antecipação de tutela na forma interinal em alguns recursos em espécie	140
5.5.1	A tutela de urgência no agravo de instrumento	140
5.5.2	A tutela de urgência na apelação cível	141
5.5.3	A tutela de urgência nos recursos excepcionais.....	145
5.5.4	A tutela de urgência nos agravos interno e regimental.....	149
5.5.5	As tutelas de urgência em recursos de admissibilidade estrita. Embargos de declaração.....	150
5.5.6	Tutelas de urgência nos recursos de devolutividade restrita. Embargos infringentes.....	153
6	DA DECISÃO JUDICIAL	156
6.1	Definições e elementos pertinentes à decisão judicial	156
6.2	Dos elementos de validade de uma decisão judicial e sua “pureza” no sistema jurídico.....	159
6.3	Do princípio da proibição do <i>non liquet</i> e as exceções à sua aplicação.....	166
7	DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS NOS TRIBUNAIS	171
7.1	Das decisões monocráticas.....	171
7.2	Das decisões monocráticas típicas	175
7.3	Das decisões monocráticas atípicas	176
7.4	Os poderes do relator e a Lei n. 9.756/98	177
7.5	Da constitucionalidade das decisões monocráticas que põem fim a recursos.....	182
7.6	Das regras estabelecidas pelo art. 557 do CPC.....	184
7.7	Negar seguimento a recursos por ser manifestamente inadmissível	185
7.8	Inadmitir agravo de instrumento por existência de urgência	186

7.9 Negar seguimento por manifesta improcedência do recurso	188
7.10 Negar seguimento com base em contrariedade à súmula	190
7.11 Negar seguimento com base em jurisprudência dominante em sentido contrário	191
7.12 Dar provimento a recurso	195
7.13 Da aplicabilidade do art. 557 às ações de competência originária dos Tribunais.....	201
8 DO AGRAVO REGIMENTAL	198
8.1 Da origem do Agravo Regimental.....	198
8.2 As previsões “legais”do Agravo Regimental	200
8.3 A constitucionalidade do Agravo Regimental	204
8.4 Natureza jurídica do Agravo Regimental	205
8.5 Cabimento do Agravo Regimental.....	207
8.6 Breves semelhanças como direito comparado.....	208
8.7 O Agravo Regimental e o parágrafo único do artigo 527 do CPC	210
8.8 Efeitos em que o Agravo Regimental é recebido	211
8.9 Da possibilidade de julgamento monocrático no Agravo Regimental	212
9 DO AGRAVO INTERNO	214
9.1 Da nomenclatura do referido agravo	214
9.2 Do cabimento do Agravo Interno	216
9.3 Do procedimento do Agravo Interno. Juízo de retratação e colocação em mesa.....	216
9.4 Dos efeitos do Agravo Interno	217
9.5 Do contraditório no agravo interno	218
9.6 Da impossibilidade de sustentação oral	220
9.7 Agravo Regimental X Agravo Interno	221
9.8 Fungibilidade entre Agravo Regimental e Agravo Interno	222
10 CABIMENTO DE AGRAVOS E DE OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO ÀS DECISÕES MONORÁTICAS.....	225
10.1 O parágrafo único do art. 527 do CPC e a sua inconstitucionalidade	225
10.2 Da decisão que concede ou nega efeito suspensivo a recurso.....	233

10.3 Da decisão que transforma o agravo de instrumento em retido	239
10.4 Da decisão que não admite recurso aos tribunais superiores	241
10.5 Da decisão que nega efeito suspensivo aos recursos excepcionais	243
10.6 Da decisão que nega liminar em mandado de segurança e outras ações de competência originária dos tribunais.....	244
10.7 Da decisão que indefere a petição inicial nessas ações	249
10.8 Demais decisões monocráticas típicas.....	250
10.9. Das decisões monocráticas atípicas e a sua forma de impugnação. O uso do Agravo Interno	251
 CONCLUSÃO	 253
 REFERÊNCIAS.....	 257

INTRODUÇÃO

Antes de se examinar os temas que são objeto do presente trabalho, é essencial justificar alguns dos tópicos criados para fundamentar as conclusões que serão expostas.

A essência do presente estudo está em explicar sobre a recorribilidade das decisões judiciais proferidas monocraticamente, sejam no curso de ações de competência originária dos tribunais, ou mesmo na tramitação de recursos submetidos ao exame daqueles. Não pretendemos examinar, senão de modo incidental e indireto, a recorribilidade dos acórdãos proferidos nos Tribunais.

É importante detalhar-se a essência de cada decisão, além do momento processual em que a mesma é proferida, para se determinar o recurso ou meio de impugnação cabível contra a mesma. Provavelmente, as decisões monocráticas que, atualmente, são objeto de maior polêmica hodierna, são as decisões referidas nos incs. II e III do art. 527 do CPC (na redação da Lei n. 11.187/2005), quais sejam, a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido nos casos de inexistência de perigo de lesão grave ou quando o recurso não objetivar impugnar o efeito em que uma

apelação cível é recebida, e ainda, a decisão que concede ou nega efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal.

A polêmica surge com a inserção do parágrafo único no dispositivo legal acima mencionado, o que induz à irrecorribilidade de tais decisões, impedindo o acesso do jurisdicionado à tutela jurisdicional no caso. Diante de tal situação, e ainda tomado por um conhecimento intuitivo das referidas decisões¹, que para Calamandrei é o primeiro passo a ser adotado antes da motivação², vislumbra-se uma inconstitucionalidade do parágrafo do dispositivo legal ora citado por impedir o acesso, por ainda na mesma relação processual (tutela recursal), ser obrigatório o direito de recorrer da decisão mencionada.

Necessário uma abordagem, trazendo conceitos do direito brasileiro e comparado, em um instituto de suma importância para o presente estudo: o direito de recorrer³. Garantia essa vital num ordenamento jurídico saturado e vítima de críticas das mais variadas quanto à qualidade das decisões judiciais.

Com o impedimento da recorribilidade das decisões dos incisos II e III do art. 527 do CPC, surge um ponto importante a ser estudado. Tendo em vista encontrar-se sedimentado o pensamento que os recursos são uma extensão do direito de ação⁴, e, ainda, que a tutela de urgência tem resguardo⁵

¹ “Diz-se que a intuição é uma forma de conhecimento direta, que se confunde com o objeto conhecido, como se nada houvesse entre ambos, nem métodos nem raciocínios.” [...] “E no senso comum a experiência da intuição está inegavelmente presente como forma de conhecimento.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001, pp. 76-77) Ainda: “La première enseigne qu’on peut saisir le réel à travers des notions fixes, des définitions arrêtées et figées des constructions abstraites, en peu de mots, par les moyens de la pensée discursive. Le point culminant de cette pensée est l’emploi de l’induction et de la déduction .” (TOUTSAKOVITCH, M. D. L’intuitionnisme bergonien dans la philosophie du Droit. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: 9.o ano, n. 1-2, 1939, p. 242)

² “O juiz, ao elaborar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo, isto é, encontra primeiro o dispositivo e depois as premissas que o justificam. [...] Para frisar a diferença que existe entre a psicologia do advogado e a do juiz, costumava dizer-se que o primeiro é chamado a encontrar, em face de uma conclusão já conhecida, as premissas que melhor a justificam, ao passo que o segundo é chamado a tirar de premissas conhecidas à conclusão que logicamente decorre.” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juizes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica, 1960, p. 143.)

³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4.a ed., Bologna: il mulino, 2006, p. 92.

⁴ “Sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de julgamento da lide (que são, especificamente, os pressupostos processuais

no art. 5.o, XXXV da CF/88, que afirma que a lei não excluirá lesão ou ameaça de lesão a direito, chega-se ao seguinte questionamento: considerando que tutela jurisdicional e tutela jurisdicional recursal se equivalem em garantias constitucionais, e, ainda, considerando que uma situação de urgência pode ocorrer tanto em primeira instância com em grau de recurso, e se, na decisão que admite o agravo de instrumento, comete-se um *error in iudicando*, poderia essa decisão ser imune a recurso? Há alguma diferença entre a negativa de concessão de antecipação dos efeitos da tutela em primeiro grau e em segunda instância?, Traz algum benefício ao ordenamento a vedação ao recurso contra a referida decisão e a submissão da questão a uma ação que vise impugnar este mesmo ato?

Pois bem, para se fomentar os debates que giram em torno de encontrar respostas a estas questões, o presente estudo se presta a visitar alguns princípios do direito, tais como o princípio ao duplo grau de jurisdição, além de algumas garantias constitucionais que podem nortear as mencionadas idéias, sempre com vista a esclarecer a celeuma apresentada no parágrafo anterior.

Imprescindível que se enfoque ainda princípios jurídicos como o do juiz natural, da colegialidade, das decisões juridicamente relevantes, bem como outros atinentes à seara recursal. Verificando-se o alcance de tais princípios, ato contínuo se faz útil a explanação da função dos princípios jurídicos no sistema, e o alcance da atuação dos mesmos quando se introduz

e as condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso. Não empobrece esta analogia a circunstância de, com relação aos recursos, o juízo de admissibilidade dever ser aferido endoprocessualmente, i. e., a partir de critérios encontráveis no próprio processo, o que não ocorre com a ação em que, por exemplo, a capacidade da parte (pressuposto processual positivo de validade) e legitimidade ad causam (condição da ação) são realidades que se localizam num plano quase pré-processual. Conforme assevera Barbosa Moreira, também 'não turva (esta analogia) a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamente em fato exterior e anterior ao processo (no caso da ação), ao passo que no segundo ela tem origem já processual (no caso do recurso), encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido." (Cf. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *O Novo Regime do Agravo*. 2.^a ed., São Paulo: RT, 1996, pp. 96-97)

⁵ "Mas a tutela provisória cautelar é sempre preventiva. Por isso, está, sim, amparada pela garantia constitucional da ação.

Na mesma medida, encontra amparo em sede constitucional a tutela urgente não cautelar, visto que ambas são inspiradas no *princípio da efetividade da tutela jurisdicional*. A garantia da ação abrange todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus." Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. (tentativa de sistematização)* 3.a ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84, grifos no original)

norma ao ordenamento, bem como o modo de utilização dos princípios como fundamento de uma decisão judicial.

Como ponto seguinte, far-se-á uma breve explanação da teoria geral dos recursos, desde a conceituação do referido meio de impugnação, passando-se à delimitação da função dos recursos. Como complemento, será apresentada uma abordagem quanto aos efeitos dos recursos, pressupostos de admissibilidade e os recursos em espécie para auxiliar na busca do meio adequado na impugnação das decisões monocráticas.

Cabe analisar quais são os poderes do relator em proferir as mencionadas decisões, e em que circunstâncias elas podem ser proferidas, bem como delimitar a base argumentativa que pode ser empregada em tais decisões.

Ainda, mister um estudo mais aprofundado dos “agravinhos”, por serem agravos com prazo de cinco dias, quais sejam, os agravos regimental e interno, e em regra, o mais utilizado em decisões internas dos Tribunais. Tais recursos, apesar de serem extremamente semelhantes, guardam algumas diferenças que confundem até a doutrina, e mesmo assim, há, na jurisprudência, várias decisões no sentido de não aplicar ao caso o princípio da fungibilidade, e não admitem um dos mencionados recursos quando o correto for o outro, fundamentando na inexistência de dúvida objetiva. Por isso, vital uma visita e delimitação do âmbito de cabimento dos dois agravos.

Por fim, é necessário fazer uma pequena explanação das hipóteses em que podem ser proferidas decisões monocráticas nos Tribunais, identificar suas características, e de acordo com estas, indicar o meio de se impugnar tais decisões.

São esses temas objeto do presente estudo.

1 CAPÍTULO- BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

1.1. CONCEITO DE RECURSO

A própria natureza de inconformidade do ser humano em ver um pronunciamento judicial contrário a si, somado à vida pós-moderna que se leva hodiernamente, na busca sempre por resultados imediatos, e ainda, a possibilidade da recorribilidade das decisões somada ao aprimoramento das decisões judiciais e pacificação das relações sociais leva, naturalmente, ao que se denomina de recurso⁶.

São raros os casos onde o litigante se conforma com a decisão contrária, seja pela excelente argumentação que o jurisdicionado tem como resposta, o que se vê raramente na atual conjuntura; ou seja, pelo entendimento majoritário em sentido oposto exteriorizado pela jurisprudência sobre a matéria objeto da lide. Diante de tais fatos, os recursos são ferramentas muito utilizadas pelos procuradores em juízo, induzindo, o que

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. 25.a ed. Milão: Cisalpino-Golardica, 1975, p. 01. In: ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 31.

desde já se discorda, ao pensamento de que os referidos meios de impugnação sejam o grande vilão da efetividade jurisdicional.

Os recursos têm sua razão de ser na possibilidade de reexame da causa, para impedir que a arbitrariedade ou o próprio *error in iudicando* possa prevalecer em uma situação onde o Poder Judiciário tem a obrigação de tutelar na melhor forma possível. Por isso, o recurso passa a ser uma confirmação do acerto de uma decisão judicial, ou mesmo a demonstração de que a mesma não realizou a subsunção da melhor forma possível. Trata-se de um verdadeiro meio de manifestação da adequada aplicação jurídica sobre o caso em tela.

A definição sobre recurso passa por diversas searas e institutos. Várias legislações adotam definições condizentes à importância que dão ao tema, e a própria cultura atribuída a tais meios de impugnação.

Na Espanha, assim como no Brasil, há a distinção entre os meios de impugnação e os recursos em sentido estrito (os recursos). Jaime Guasp se refere às impugnações às decisões judiciais em geral, e se refere aos recursos como a principal delas, como sendo o meio de se ventilar a matéria processual já decidida com o fim de se apurar exatidão ou inexatidão das conclusões da decisão judicial.⁷ Numa visão mais atual, Manuel Ortells Ramos trata os recursos, como sendo “instrumentos legais à disposição das partes e destinados a atacar uma resolução judicial, para provocar sua reforma, anulação ou declaração de nulidade.”⁸ Saliente-se, entretanto, que não existem embargos de declaração no direito espanhol e por isso não há a função aclaratória nos recursos de lá. Os recursos são atos destinados a impugnar quando ainda não formada a coisa julgada. Já na Argentina os recursos parecem, a princípio, estarem como qualquer outro meio de impugnação às decisões judiciais, não somente dentro da mesma relação jurídica processual por serem simplesmente meios de impugnação que visem a

⁷ “El proceso de impugnación es que se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida, para que su nuevo curso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones procesales primariamente obtenidas.” (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4.a ed., Madrid: Civitas, 1997, p. 552)

⁸ “pueden conceptuarse como los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad.” (ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 6.a ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 479)

reparação de erro ou defeito do provimento judicial.⁹ Lino Enrique Palácio define recurso como “o ato processual manejado pela parte que se considera agravada por uma decisão judicial, onde é pedido a reforma ou anulação total ou parcial, seja ao mesmo juiz ou tribunal que a prolatou ou a juiz ou tribunal hierarquicamente superior.”¹⁰

No direito italiano, numa visão mais antiga, ainda do século XIX, os recursos seriam o meio de reclamar ao órgão colegiado¹¹. Passou-se a utilizar a idéia de que os recursos sempre estavam ligados a uma discussão da matéria quando não formada a coisa julgada material. Tal assunto era discorrido por Chiovenda¹² e Satta, tendo este último, ainda que superficialmente distinguido impugnação como meios de se atacar *error in procedendo* e recursos como meios de buscar a revogação da decisão judicial¹³. Hodiernamente, conforme leciona Michele Taruffo, os recursos são os meios de impugnação em geral que se dividem em “Le impugnazioni” que atacam o erro de procedimento ou nulidade, enquanto os “gravami” buscam a revisão de uma decisão judicial¹⁴. Assim, para os italianos, os meios de

⁹ “Recurso es el médio procesal por el qual quien considere agraviados sus intereses por una resolución judicial, y sea parte em el juicio o sin serlo tenga personería legal, puede intentar la reparación del error o del defecto que lo agravia.” (IBÁÑEZ FRONCHAN, Manuel. *Los recursos em el proceso civil*. Buenos Aires: Sociedad Bibliografica Argentina, 1943, p. 23)

¹⁰ “Denomínase recurso al acto procesal em cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a um juez o tribunal jerárquicamente superior.” (ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 12.a ed., Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1996, pp. 575-576)

¹¹ “Rimedi contro I provvedimenti dei giudici. – a corregere i possibili errori, di cui sia viziato il provvedimento del giudicé, la legge appresta rimedi di varia natura. – Contro le ordinanze del presidente o del giudice delegato spetta, salve alcune eccezioni, la facoltà di reclamare al Collegio.” (MATTRIOLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1888, pp. 286-287)

¹² CHOVEDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 249 e sgs. vol. 3.

¹³ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7.a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 402, vol. 1

¹⁴ “impugnazioni” dirette a far dichiarare l’esistenza di vizi della sentenza (difetti del procedimento o errori de giudizio) e che tendono ad eliminare-annullare il provvedimento giudiziale viziato (in questo caso il motivo e la ragione della impugnazione sono quidi date dal difetto-vizio che si denuncia e non investono il rapporto sostanziale controverso); “gravami” diretti invece ad ottenere dal secondo giudice il completo riesame del rapporto stesso, provocando um nuovo giuidizio sull’identico rapporto. In questa ipotesi è evidente che la pronuncia richiesta nel procedimento del gravame avrà efficacia sostitutiva della precedente: dunque, com il gravame la parte non intende afatto far valere um errore o um particolare difetto della decisione, ma vuole semplicemente um riesame e uma nuova valutazione dei fatti e delle qualificazioni giuridiche apportate dal giudice al fatto, com l’applicazione di norme diverse, coisicché si chiede riesme del intero rapporto controverso.” (op. cit. p. 596)

impugnação são os recursos como no Brasil, e os gravames (também tratados como recursos) são os recursos que atacam especificamente os erros de juízo. Giuseppe Tarzia¹⁵ traz uma distinção diversa, sendo as “impugnazioni sostitutive” que rediscutem a causa como “l’apello” ou as “impugnazioni rescindenti” que buscam a invalidade como na “cassazione” na “revocazione” e na “opposizione di terzo”, sempre a órgãos superiores, ou seja, todos recursos perante o nosso sistema, mas diferem em virtude do defeito encontrado no provimento jurisdicional, na Itália, sempre utilizado como exemplo a sentença.

Na Inglaterra, bem como no restante dos países que adotam o sistema da *common law*, os recursos não são objeto de estudos mais aprofundados, principalmente no que tange a conceitos. Os próprios manuais de recursos cíveis daquele país apenas preceituam regras acerca dos recursos, dificilmente atribuindo conceitos, sendo este os meios de impugnar uma decisão¹⁶, o que para os ingleses são as *appeals*, seja de decisões interlocutórias (*interlocutory appeal*) ou de decisões já recorridas (*second appeals*).

Em Portugal, basicamente, recursos são “os meios processuais destinados a submeter a uma nova apreciação jurisdicional certas decisões proferidas pelos tribunais”¹⁷, tal concepção de recurso distingue-se da reclamação (CPC 667 a 670) onde a pretensão é dirigida ao mesmo juízo da causa para examinar vícios da decisão, o que para os lusitanos é considerada uma ação de impugnação. Característica importante do direito recursal português é que os recursos extraordinários (revisão e oposição de terceiro), classificados como recurso¹⁸, devem ser apresentados somente após transitada em julgado a ação conforme preceitua os artigos 771 e 778 do

¹⁵ TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.a ed., Milão: Giuffrè, 2002, p. 274.

¹⁶ “The regime cannot be discussed without some of the terms wich it uses being explained. An appeal includes an appeal by case stated.” BROOKE, Henry. *Manual of civil appeals*. 2.a ed., London: Lexis Nexis, 2004, p. 2. Cf WILLIAMS, Victoria. *Civil procedure handbook 2006*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 576. “appeal consist of a review rather than a rehearing.” (LOUGHLIN, Paula; GERILS, STEPHEN. *Civil procedure*. 2.a ed., London: Cavendish, 2004, p. 579) “

¹⁷ MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil*. 2.a. ed., Lisboa: Lex, 1994, p. 19. Ainda: “Recursos são os meios de impugnação das decisões judiciais, destinados a provocar o reexame e novo julgamento da matéria, por um tribunal superior.” (VARELA, Antunes; BEZERRA, José Miguel; NORA, Sampaio. *Manual de processo civil*. 2.a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 55)

¹⁸ LEITÃO, Helder Martins. *Dos recursos em processo civil*. 5.a ed., Porto: Almeida e Leitão Ltda., 2005, p. 165.

Diploma Processual daquela país. Assim, vê-se no direito de Portugal um traço extremamente diferente do preceituado pelo art. 467 do CPC brasileiro.

Na Alemanha, vê-se da definição de James Goldschmidt que os recursos são os meios jurídicos processuais concedidos às partes, e aos afetados diretamente por uma decisão judicial, para impugnar uma resolução judicial que não é formalmente precisa, ante um tribunal superior e que suspendem os efeitos da coisa julgada sobre a relação jurídica.”¹⁹ Constata-se de tal definição, também pela inexistência dos embargos de declaração no direito germânico, os recursos são obrigatoriamente o reexame da matéria por outro tribunal, hierarquicamente superior ao órgão prolator da decisão impugnada. Ainda, observa-se a função impeditiva da formação da coisa julgada como no artigo 467 do Código de Processo Civil brasileiro.

Como dito, no Brasil, uma primeira menção genérica de recurso se encontra no citado art. 467 do Código de Processo Civil. O referido dispositivo legal preceitua que o recurso é a discussão quando ainda não formada a coisa julgada, ou seja, quando não exaurida a relação jurídica processual originária. Não se trata de premissa errônea, mas incompleta. É perfeitamente possível a discussão de matéria diversa da discutida nesta relação jurídica processual, mas que influa com caráter de prejudicialidade sobre esta, exemplo dos embargos à execução, que, em regra, não discute matéria da relação processual executiva originária, mas tem objeto diferente que pode influir naquela.

A diferença entre os recursos e os outros meios de impugnação às decisões judiciais, as chamadas ações impugnativas está justamente na questão do objeto. Enquanto os recursos são uma prolongação da lide originária, ainda antes da formação da coisa julgada, as ações impugnativas discutem objeto distinto, não guardando relação temporal com a lide originária, podendo ser concomitantemente ou posteriormente à referida lide, casos da ação rescisória, anulatória ou declaratória de inexistência de ação.

Há que se estabelecer uma diferença primária dos recursos também com os chamados sucedâneos recursais. Estes visam atingir os

¹⁹ “Recursos son los medios jurídicos procesales concedidos a las partes, a los afectados para impugnar una resolución judicial que non és formalmente firme, ante um Tribunal Superior y que suspenden los efectos de la coza juzgada de la misma.” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Labor, 1936, p. 398)

objetivos que um recurso pretende, qual seja, o de rediscutir a matéria dentro da mesma relação processual, mas seja pela natureza do ato (correição parcial) ou taxatividade exigida (pedido de reconsideração), os ditos sucedâneos não obedecem às características de um recurso, não sequer impedem a preclusão, por exemplo.

Outra menção legislativa sobre os recursos em geral está estampada no artigo 496 do Diploma Processual, que elenca os recursos no sistema jurídico nacional. Não bastassem omissões flagrantes como os embargos infringentes do art. 34 da Lei n. 6.830/80, o mencionado artigo de lei, como bem observa Araken de Assis²⁰, não é critério para taxar os recursos no sistema processual cível brasileiro.

Dentre os doutrinadores pátrios, Moacyr Amaral Santos foi um dos primeiros a adotar o conceito moderno de recurso entendendo que recurso é “o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando obter a sua reforma ou sua modificação”,²¹ assim se aproximando o conceito do preconizado no direito argentino.

Em que pese a opinião de Moacyr Amaral dos Santos, tal conceito poderia ser utilizado para as ações de impugnação, justamente porque nas mesmas também haver o exame da mesma matéria pelo mesmo órgão (ação declaratória de inexistência) ou a órgão superior (ação rescisória). É importante que se frise que para ser um recurso, o ponto chave é a preservação da mesma relação processual²², como rediscussão dos fatos apreciados pelo mesmo órgão ou órgão jurisdicional inferior.

Teresa Arruda Alvim Wambier entende que recurso é “um meio de que dispõe a parte para insurgir-se contra uma decisão do Poder Judiciário, provocando o reexame da matéria e a prolação de uma nova decisão que, ou anule, ou substitua a impugnada.”²³

²⁰ Op. cit., p. 33.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21.a ed, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.

²² “verifica-se que o denominador comum de todas elas consiste em que o seu uso não dá margem à instauração de um novo processo, senão que apenas produz a extensão do mesmo processo até então fluente.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 232)

²³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Teoria geral dos recursos. In: *Revista de processo* n. 58. São Paulo: RT, 1991, p. 151.

É mister que no conceito de recurso fique expresso que seja na mesma relação processual a impugnação, o que ela visa, já que além de impugnar no direito brasileiro, há a figura da integração como objetivo do recurso, atribuindo a quem cabe recorrer, por isso, feliz a conceituação de Nelson Nery Junior²⁴.

Ocorre que há um fato extremamente peculiar: pode se tratar da mesma relação processual em autos diversos. É o que ocorre com os agravos de instrumento (CPC, arts. 522 e 544), onde os recursos são autuados em apartado, mas discutem mesmíssimo objeto já discutido na relação jurídica originária, desta forma, seguindo Barbosa Moreira, “pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna. Atente-se bem: dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos.”²⁵

Apenas a título de elucidação, discute-se a respeito da voluntariedade para taxar os recursos, assim como preceitua Nelson Nery Junior ao elencar quem pode recorrer. Araken de Assis²⁶ combate tal entendimento dizendo que a remessa necessária de recurso se trata, e como a mesma é feita *ex officio*, de recurso sem a voluntariedade, e portanto, esta pode deixar de acompanhar o recurso.

Com todo respeito, discorda-se do doutrinador gaúcho. A remessa necessária de recurso não se trata, pois não há qualquer dos elementos presentes nos recursos cíveis conforme defende Flávio Cheim Jorge em seu manual²⁷. Não há a manifestação de qualquer inconformidade de

²⁴ “o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 809)

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 233.

²⁶ Em particular, o relevo emprestado à voluntariedade do no recurso excessivo. O problema aparece na remessa oficial ou apelação *ex officio*. Não há dúvida, porém, que apreendeu aos elementos comuns aos meios de impugnação previstos no artigo 496. Fundamentalmente, oferece uma noção operacional: a pessoa que impugnar o provimento judicial sentir-se-á segura e habilitada a empregá-los eficazmente.” (op. cit., p. 35)

²⁷ “Atualmente, não há mais que se falar na existência de uma apelação *ex officio* ou necessária tampouco lhe atribuir a natureza de recurso. Falta-lhe todos os elementos necessários para a sua caracterização como recurso, tais como a tipicidade, a

qualquer dos legitimados para a revisão do julgado, trata-se de uma condição de eficácia da sentença.

Por isso, em suma, recurso é o meio de impugnação, ao arbítrio dos legitimados, onde dentro da mesma relação jurídica processual, embora nem sempre dentro dos mesmos autos, visa-se a reforma, a integração, a anulação ou esclarecimento de um provimento judicial.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

Do próprio conceito de recurso tecido no tópico anterior, se constrói as idéias para uma definição da natureza jurídica do recurso. Como dito, os recursos são meios de impugnação dentro da mesma relação processual onde se visa a revisão do julgado, e frise-se: dentro da mesma relação processual, ou seja, não é necessário ultrapassar o “limite” do trânsito em julgado, necessitando-se de uma nova citação ou constituição de novo advogado.

Como também afirmado no tópico anterior, os recursos, em alguns países europeus como na Itália, são meios de impugnação por uma ação distinta e autônoma daquela que vinha se exercitando no processo.²⁸ Em obstante o acerto no objetivo da remoção da decisão impugnada, em conceitos brasileiros, não se pode utilizar tal natureza jurídica para os recursos. Os recursos possuem como traço principal a rediscussão do objeto da lide ou de uma decisão proferida no curso da ação quando ainda não transitada em julgado a mesma, e ainda que não necessite de uma outra relação jurídica.

voluntariedade, a dialeticidade e o próprio direito ao contraditório da parte contrária.”(JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 184.)

²⁸ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2.a ed., Roma, 1936, p. 93. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit., p. 235. Atualmente, o *appello* do direito italiano já possui natureza diversa, de gravame, se assemelhando à natureza jurídica recursal brasileira. Cf. “L’*appello* há natura di gravame, gli altri mezzi si avvicinano alle consuete azioni di impugnativa del diritto sostanziale. Su questa diversa natura giova soffermarsi, anche per quello che si dirá in prosieguo e per quello che dovrebbe dirsi dovessimo illustrare particolarmente lè singole impugnazioni. [...]. L’*appello* infatti è un mezzo dato allá parte soccombente, la quale, per cio solo che è rimasta tale, afferma e può affermare essere la sentenza afetta semplicemente da um errore de giudizio (error in iudicando), Che la tende ingiusta nei suoi riguardi: subbievitamente ingiusta.”(MILANI, Antonio. Delle impugnazioni in generale. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Vol. XVII, 1941, p. 297.)

O fato é que o poder de recorrer é um exercício do direito de ação dentro do próprio processo.²⁹ Deve-se ressaltar que o fato que originou a resignação deve estar dentro do objeto da lide, e podendo ser exercido na forma “normal”. Ou seja, não é porque houve um fato que mereça ser combatido dentro do processo que o remédio processual seja um recurso, haja vista as ações impugnativas como o mandado de segurança contra ato judicial, embargos de terceiro e a ação rescisória por *error in procedendo*. Tais impugnações possuem uma característica marcante, pois o fato gerador não é o mesmo onde se exerce a ação. Não se pede a revisão de ato judicial.

Nelson Nery Junior tece importantes argumentos de que os recursos são o prolongamento do exercício do direito de ação. O processualista afirma que a semelhança é tamanha que as condições da ação e o pressupostos processuais são encontrados nos recursos no que tange aos seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos respectivamente³⁰. Araken de Assis discorda de tal natureza jurídica dos recursos, a de prolongamento do

²⁹ Cf. A doutrina dominante defende a idéia de que o recurso é continuação do procedimento, funcionando como uma modalidade do direito de ação exercido no segundo grau de jurisdição. Seguimos o pensamento dominante, cujos fundamentos procuraremos demonstrar em seguida. Existem diferenças e nuanças de posicionamento, mas na essência negam seus seguidores a autonomia do recurso como ação autônoma.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 190) “Sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de julgamento da lide (que são, especificamente, os pressupostos processuais e as condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso. Não empobrece esta analogia a circunstância de, com relação aos recursos, o juízo de admissibilidade dever ser aferido endoprocessualmente, i. e., a partir de critérios encontráveis no próprio processo, o que não ocorre com a ação em que, por exemplo, a capacidade da parte (pressuposto processual positivo de validade) e legitimidade ad causam (condição da ação) são realidades que se localizam num plano quase pré-processual. Conforme assevera Barbosa Moreira, também ‘não turva (esta analogia) a circunstância de que, no primeiro caso, a provocação se fundamente em fato exterior e anterior ao processo (no caso da ação), ao passo que no segundo ela tem origem já processual (no caso do recurso), encontrando sua *ratio essendi* no próprio ato recorrido.” (Cf. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *O novo regime do agravo*. 2.ª ed., São Paulo: RT, 1996, pp. 96-97)

³⁰ “Em sendo o recurso o prolongamento do direito de ação dentro do mesmo processo, há igualmente necessidade de serem observados requisitos para a sua admissibilidade. É o que se denomina de “pressupostos recursais”. O paralelismo que se faz entre as condições da ação e pressupostos processuais, de um lado, e os pressupostos dos recursos, de outro, é inevitável e salutar, já que se trata, por assim dizer, da repetição do direito de ação em fase posterior do procedimento.

De conseguinte, às condições da ação (legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido) podemos contrapor a legitimidade em recorrer, o interesse em recorrer e a existência do recurso previsto no ordenamento como tal. Do mesmo modo, os demais pressupostos dos recursos (tempestividade, preparo, inexistência do fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, regularidade formal) podem ser comparados às condições da ação e aos pressupostos processuais.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 204-205)

direito de ação³¹. O processualista, embora em discretas críticas, ensina que os recursos, anteriormente, eram admitidos como um prolongamento do direito de ação pois não era necessária nova juntada de procuração como nas ações autônomas, a dedução de pedido em juízo (CPC, 514, III), não se revestia de formalidades de uma ação, e não há nova citação do recorrido. Aí estariam as linhas mestras para admitir os recursos como prolongamento da ação, pois não obedeciam as mesmas características da ação judicial. O doutrinador prega que no agravo de instrumento há a necessidade de juntada (ainda que repetida) de procuração, dependendo do procedimento do tribunal, há intimação pessoal (aí se assemelhando à uma citação), e em alguns casos não há a citação para uma própria ação autônoma como nos embargos à execução, fazendo assim tais distinções inexistentes. Ainda, afirma que nos embargos de divergência, por exemplo, há objeto totalmente estranho à lide já que é uma tentativa de pacificação de entendimento e não uma revisão da decisão.

Pois bem, primeiramente as necessidades apontadas no agravo de instrumento existem, pois é um recurso onde não há o exame com os autos em mãos, o tribunal examina a matéria (tutela recursal submetida ao tribunal *ad quem*) enquanto o juízo de primeiro grau, se não deferido o efeito suspensivo, examina a tutela jurisdicional de primeiro grau. É uma simples necessidade que os autos impõem, de terem as cópias necessárias ao exame do objeto do recurso (CPC, art. 525). No tocante à intimação pessoal para contra-razoar, a Lei n. 10.352/01 modificou o artigo 527, V, estabelecendo a intimação via imprensa oficial onde houver circulação desta, além do que esse já era o entendimento majoritário dos tribunais³² e da doutrina³³. Vê-se que as

³¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 36 e segs.

³² “Intimação do advogado pelo órgão oficial, quando este circula na Comarca do Juízo agravado, não constitui violação ao disposto no art. 527, III, do CPC. Nulidade inexistente. Precedentes judiciais” (TJRS, EmbDec 599303773, 20.^a Câm.Cív., rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, j. 01.06.1999). “Processual civil. Agravo de instrumento. Intimação do recorrido. Órgão oficial. Possibilidade. 1. Admite-se a intimação do agravado mediante publicação no órgão oficial, pois o Diário de Justiça da União abrange todos os Estados que integram a 5.^a Região da Justiça Federal. Inteligência do art. 527, III, parte final, do CPC. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido” (TRF-5.^a Reg., 4.^a T., AgRegAgIn 33710-SE, rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, j. 27.11.2001, DJU 17.01.2002, p. 1871). “Embargos de declaração – Agravo de instrumento – Intimação do agravado pelo Diário da Justiça – Ausência de manifestação do agravado para oferecimento de resposta – Questionamento sobre a legalidade da intimação – Inadmissibilidade – Aplicação do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça e artigo 527, III, do CPC – Não conhecimento do recurso, com

distinções apontadas por Araken de Assis são meramente formais e sem poder de alterar a essência da natureza jurídica dos recursos, qual seja, a ser um meio de impugnação, de ato surgido dentro da lide, assim, admitindo-se que pode haver semelhança ou não entre tutela jurisdicional de primeiro grau e tutela recursal. Os recursos sempre serão impugnações de situações surgidas dentro do processo, onde a arbítrio dos legitimados, se possa buscar a reforma das decisões proferidas nos autos, ainda que remotamente como nos embargos de divergência.

Desta forma, ora posiciona-se com o Prof. Nelson Nery Junior pois os recursos nada mais são do que formas de discussão dos atos judiciais de um processo, desde que vise a revisão de tais atos antes da formação da coisa julgada.

Ainda, vê-se que o recurso é um ônus, no sentido de faculdade, de se obter uma vantagem ou afastar uma desvantagem, pois implica num inconformismo para buscar a reforma de uma decisão.

O fato de ser o recurso um ônus não altera a posição antes adotada como natureza jurídica do mesmo, são conceitos que se completam, pois tal ônus será exercido sempre dentro da mesma relação processual³⁴, e

aplicação de multa – Decisão unânime” (TJPR, 6.^a Câmb. Cív., EmbDec 90800701, rel. Des. Antonio Lopes de Noronha, j. 25.04.2001; grifou-se). Com efeito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo preceitua em seu artigo 109 que “para efeito de intimação, serão obrigatoriamente publicados no Diário da Justiça os atos que devam ser levados ao conhecimento das partes e dos advogados. [...] § 7.º Nos agravos de instrumento a intimação do agravado para responder e juntar documentos será efetivada na forma do § 7.º do artigo 796.” O § 7.º do art. 796, por sua vez, assim dispõe que “§ 7.º O relator determinará a intimação do agravado, para que responda no prazo de 10 (dez) dias. Na comarca-sede do Tribunal e nas comarcas integradas ao sistema de intimação pela imprensa, esta far-se-á através de Órgão Oficial. Nas comarcas que não tem acesso a esse serviço os agravados serão intimados por ofício, dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento.” O Regimento Interno do 2.º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo traz em seu art. 135 semelhante disposição “Se não houver determinação em contrário do relator, a Secretaria providenciará a intimação do agravado pela imprensa e, se for o caso, a abertura de vista ao Ministério Público.”

³³ “Quid iuris, quando o Diário Oficial publica também as notas do expediente forense de comarcas vizinhas, ou até mesmo, como acontece no Rio Grande do Sul, as notas de todas as comarcas? Dentro do sistema, se as intimações se uma determinada comarca interiorana são regularmente efetivadas por intermédio do Diário da Justiça, e disso então, pois, os advogados de todo cientes, a intimação do agravado poderá, e deverá, ser igualmente efetivada por esta forma mais expedita e segura de comunicação processual, ubi eadem ratio...” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, n. 91, p. 151).

³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit., p. 236.

como preceitua o Prof. Nelson Nery Junior, são ângulos diversos da mesma realidade³⁵.

1.3 DO DIREITO DE RECORRER

Conforme pondera Flávio Cheim Jorge³⁶, os recursos são por alguns vistos como um instituto eminentemente privatístico, em benefício somente do recorrente, e um grande mal ao judiciário brasileiro, sendo um vilão no que tange à morosidade do judiciário³⁷.

Em obstante o inconformismo e a ânsia pelo resultado rápido que a pós-modernidade provoca, e com isso, a tradição da impugnação, o que realmente motiva o recurso no sistema processual civil brasileiro a é busca pela qualidade da prestação jurisdicional. Ou seja, pelo fato que uma primeira decisão não se precaver da melhor técnica jurídica possível, imperioso para dar legitimidade a esta que um órgão superior revise a decisão proferida, para prestar a tutela jurisdicional justa e adequada ao jurisdicionado. Os “recursos são julgados por órgãos colegiados, circunstância significativa, per si, de que a convergência de opiniões num mesmo sentido admite se concluir que o grau de perfeição do que tenha sido decidido aumenta sobremaneira”.³⁸ É a fortificação do que chamamos de segurança jurídica.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, defensor do direito dos litigantes em terem “as causas julgadas com sentenças claras, precisas e completas”³⁹, para fundamentar a existência dos embargos de declaração, defende os recursos com meio de dar o direito certo à parte, e os movimentos de mitigação

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 206.

³⁶ op. cit., . 27.

³⁷ “Embora seja um dado de nossa experiencia o fato de que os recursos constituem um dos pontos que mais contribuem para a morosidade da justica em nosso pais, ninguem esta disposto a revisa-los, com o objetivo de reduzir-lhes o numero ou dar-lhes disciplina que faca minimamente declinar o peso extrordinario de sua significacao.” (SILVA, Ovidio A. Bapista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 242)

³⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 93.

³⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 199.

dos recursos não passam de tentativa de uma economia processual que muitas vezes não acontece.

Apesar da norma jurídica ter na sua vigência somente uma interpretação, e este sendo seu objetivo, por óbvio, pela farta experiência da jurisprudência, é que tais interpretações necessitam de uma estabilização, de uma uniformização. “As decisões dos tribunais locais, e especialmente as do STF (o qual só decide sobre direito federal relevante), ao lado de unificarem as interpretações discrepantes, nos casos concretos em que sejam apreciadas, devem servir como paradigmas de interpretação/inteligência das normas jurídicas”⁴⁰. No plano do primeiro grau de jurisdição, a discrepância de interpretações das situações toma proporções exorbitantes, sendo imprescindível uma revisão visando uma harmonização, esta função é constitucionalmente atribuída aos recursos. Flávio Cheim Jorge⁴¹ detecta essa função constitucional no próprio princípio do devido processo legal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O recurso como já dito no tópico atinente à sua natureza jurídica, é um prolongamento do direito, sendo isso indissociável e revelando a elevação dos recursos ao próprio direito de ação, não cabendo qualquer vedação do sistema ao processo recursal brasileiro. Ou seja, vê-se o recurso como uma obrigatoriedade para a garantia da ampla defesa, por meio da revisão da decisão, pois conforme afirmado no tópico sobre a conceituação de recurso, a obrigação é da revisão, não importando se por corte superior ou não.

Os recursos ainda possuem outra função conforme lembrado por Othmar Jauernig⁴², a de nortear os juizes nos seus pronunciamentos judiciais já que os tribunais exteriorizam entendimentos provocados pelo ato de recorrer. Tal fenômeno se dá, seja como um saneamento de dúvidas, seja propriamente no exercício de uma pressão nos juízes para uma maior responsabilidade no ato de prestar a tutela jurisdicional.

⁴⁰ ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existencia dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de Processo* n. 48, p. 9.

⁴¹ Idem, p. 28.

⁴² JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25.a ed., Coimbra: Almedina, 2002. Parágrafo 72, p. 362.

As cartas constitucionais em geral, ao estabelecerem a organização judiciária de um país, pregam pela função constitucional dos tribunais, e por óbvio, dos recursos que a estes são submetidos, não deixando azo para que a legislação infra-constitucional talhe os recursos como se fosse uma solução para o problema judiciário. Armindo Ribeiro Mendes, ao comentar a importância dos recursos em Portugal diz que “razoavelmente pode, pois, concluir-se que a lei constitucional parte do princípio de que a organização judiciária tem tribunais de primeira instância e tribunais de recurso. Parece impor-se, como conclusão, que o legislador ordinário não pode suprimir em bloco os tribunais de recurso e os próprios recursos.”⁴³ O doutrinador ao analisar lei portuguesa que retirava um recurso sobre procedimentos onde o valor da causa era pequeno, foi enfático ao defender a inconstitucionalidade da referida lei, mesmo levando-se em conta a não importância da causa perante o ordenamento. Isso porque a situação jurídica ficaria sem recurso que permitisse a revisão da causa, outrossim, afirmou que toda situação jurídica deve ter um recurso que possibilite a sua revisão e assim confirme a sua legitimação perante os princípios constitucionais. Afirmou o processualista português que “o legislador ordinário não poderá, porém, ir até a ponto de limitar de tal modo o direito de recorrer, que, na prática, se tivesse de concluir que os recursos tinham sido suprimidos. [...] O legislador poderá ampliar ou restringir os recursos civis, quer através da alteração dos pressupostos de admissibilidade, que através da mera actualização dos valores das alçadas”, mas não retirar recurso do ordenamento. O doutrinador afirmou que se pode criar recurso para determinadas situações, restringindo a admissibilidade para outras, como no caso do agravo de instrumento no direito brasileiro, somente cabível diante de situações urgentes e de difícil reparação. No presente caso, ainda há o recurso para as demais situações que surgirem que é o agravo retido, mas não há uma ordem para que não se recorra.

O processualista espanhol Manuel Ortells Ramos⁴⁴ nos traz um dado interessante, a alçada do direito de recorrer ao *status* constitucional não

⁴³ MENDES, Armindo Ribeiro. op. cit., p. 101.

⁴⁴ “En primer término, nel artículo 24 CE, ni el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, imponen al legislador el establecimiento de recursos em el proceso civil. En consecuencia, la mera falta de previsión de los mismos em la ley no genera inconstitucionalidad. Sin embargo, em el supuesto de que a ley los establezca, habrá

somente por ser este um prolongamento do direito de ação, mas também por ser manifestação expressa da efetividade da tutela jurisdicional contida no artigo 24 da Constituição Federal da Espanha. O referido dispositivo legal, princípio fundamental do direito espanhol, estende-se aos recursos justamente pela possibilidade de revisão pelo mesmo ou outro órgão do judiciário. Isso porque o direito de revisão da decisão é a manifestação mais expressa de busca pela real inteligência da aplicação da norma jurídica, e em alguns casos, das resoluções de situações jurídicas cotidianas. É a manifestação constitucional do direito de impugnar, sendo este imprescindível quando se depara com uma situação jurídica nova (ainda sem revisão).

A função constitucional dos recursos, e por conseqüência, do direito de recorrer, é reconhecida em ordenamentos que, em regra, seriam avessos aos recursos como o norte americano.⁴⁵

É claro que nos deparamos com situações onde há a vedação a recursos, mas são situações excepcionalíssimas como o julgamento do Presidente da República nas infrações penais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b* da CF/88) e pelo Senado quando incorrer em crimes de responsabilidade (art. 52, I). Isso ocorre somente em situações *sui generis*, de processos onde é impossibilitada uma revisão por outro tribunal por se tratar de instância máxima. Nos casos elencados, o respeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório é importante para se demonstrar a correta leitura do sistema. Isso não implica raciocinar que outras várias situações do sistema possam ser irrecorríveis, justamente por todo esse resguardo constitucional que os recursos possuem e pela obrigação do Estado em tutelar a lesão a direito (art. 5.o, XXXV da CF/88) do cidadão.

Por essas e outras que Hugo de Brito Machado⁴⁶ afirma que “a extinção dos recursos é providência que aponta para o totalitarismo do

inconstitucionalidad si el derecho a impugnar la resolución se regula com infracción del principio de igualdad proclamado em el artículo 14 CE.” (ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. 6.a ed., Navarra: Thomson Aranzadi, 2005, p. 482).

⁴⁵ “Thus in federal courts the right to appeal derives from statute or court rule. Some state constitutions, however, assure a constitutional right to appeal from state court judgments.” (MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H., SHERMAN, Edward F. *Civil procedure. A modern approach*. 2.a ed., St. Paul: West Publishing, 1995, p. 1009)

⁴⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Agravo de instrumento, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. In: *Revista Consulex* v. 2, n. 14, São Paulo: Ed. Consulex, fev. de 1998, p. 37.

julgador, que é plenamente alcançado com a abolição de todos os recursos, chegando-se ao sistema de jurisdição de grau único”.

1.4 DOS ATOS PROCESSUAIS SUJEITOS A RECURSO

Os atos processuais úteis ao presente estudo são os atos praticados pelo magistrado, atos que submetem o sujeito da relação jurídico-processual à sucumbência que propicia a impugnação via recurso. Mas nem é com todos os atos judiciais que é aberta a via recursal, existem vários atos judiciais que são objeto de recurso. José Carlos Barbosa Moreira, ao abordar as características dos atos judiciais para fins de recorribilidade, traz vários exemplos que não se encaixam em qualquer dos atos elencados no art. 162 do CPC. O processualista carioca afirma que “em verdade, dentre os atos que o juiz pratica no processo, há muitos outros – alguns de superlativa importância – que não consistem nem em sentenças, nem em decisões interlocutórias e nem em despachos: por exemplo, a inquirição de testemunha (art. 416) ou da parte (art. 344), a inspeção de pessoa ou coisa (art. 440), a tentativa de conciliação das partes (art. 331 e 448, princípio), a audiência dos cônjuges sobre o motivo da separação consensual (art. 1.122, caput, com a redação dada pelo art. 39 da Lei n. 6.515), a abertura de testamento cerrado (art. 1.125), a arrecadação dos bens da herança jacente (art. 1.145), o exame do interditando (art. 1.181) e assim por diante.”⁴⁷

Pois bem, vê-se que os atos judiciais encontram-se em vários outros momentos no processo, de modo a afirmar que os atos enumerados no art. 162 não o exaurem, mas somente exemplificam os atos judiciais sujeitos a recurso, e, mesmo assim, sendo somente os atos presentes no referido dispositivo legal que, normalmente, decidem sobre direito da parte, independentemente se sobre incidente ou questão de mérito.

O mencionado artigo preceituava anteriormente a 2005, sendo esta a praxe forense, que os atos judiciais eram: (a) a sentença como sendo ato que colocava fim ao processo (§1º); (b) a decisão interlocutória como sendo

⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 241. vol V.

o ato, pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidental (§2º); (c) despachos como sendo os atos praticados no processo, cujo respeito à lei não estabeleça outra forma (§ 3º); (d) e os atos meramente ordinatórios, como a vista obrigatória, que independem de despacho (§ 4º).

De tais atos, já se via primeiramente a irrecorribilidade dos despachos por ordem do artigo 504 do CPC. Este artigo preceitua que os despachos de mero expediente são irrecorríveis, o que abarcava os preceituados nos parágrafos 3º e 4º do art. 162.

José Manuel de Arruda Alvim Neto define de uma outra maneira o preceituado pelo artigo 162. Esclarece ele que “ainda, o art. 162, § 3º, deve ser considerado em face do disposto no art. 504, em que se alude a despachos de mero expediente, espécie esta que, desde logo, e pelo menos nominalmente, é diversa da dos despachos (pois estes albergam conteúdo decisório). E os despachos são realmente decisões, no plano sistemático do CPC, uma vez que a lei processual só exclui de recorribilidade os despachos de mero expediente. Os despachos, portanto, são recorríveis por agravo, assimiláveis que são, neste particular, às decisões interlocutórias. Quanto aos de mero expediente, todavia, se o CPC procurou torná-los irrecorríveis, é porque não lesam. Incorre lesão – afirma-se – porque são eles destituídos de conteúdo decisório, ainda que mínimo.”⁴⁸

Assim, constata-se que, em regra, todo despacho preceituado pelos parágrafos 3º e 4º do artigo 162 são irrecorríveis. No entanto, mesmo sendo nominado de despacho, existem decisões propriamente ditas durante o processo, que realmente decidem questões, aí não seriam mais despachos, mas decisões interlocutórias segundo José Carlos Barbosa Moreira.⁴⁹

⁴⁸ ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de Processo* n. 48, p. 12.

⁴⁹ “Quanto ao tradicionalmente chamado “despacho liminar” (o art. 285 emprega “despachará”), mesmo quando tenha conteúdo positivo – isto é, deferirá a citação do réu -, já sob o regime anterior se pusera em relevo, na doutrina, o seu teor decisório, pelo menos em certos processos.

Em resumo: todo e qualquer “despacho” em qualquer órgão judicial decida questão, no curso do processo, pura e simplesmente não é despacho, ainda que assim lhe chame o texto: encaixando-se no conceito de decisão interlocutória (art. 162, par. 2.o), *ipso facto* deixa de pertencer à outra classe. Absurdo lógico seria conceder-lhe lugar em ambas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 245. vol V) “Nesse esquema, os “despachos” são unicamente os verdadeiros despachos, isto é, os aludidos nos arts. 504 (redação antiga), com a expressão “despachos de mero expediente”, e 189, n. II, *verbis* “despachos de expediente”: atos de puro

No tocante à recorribilidade dos despachos, não é somente a caracterização decisória presente nestes que os fazem serem “transportados” do parágrafo 3º para o 2º do mencionado dispositivo legal, ou seja, classificá-los como decisões interlocutórias, e aí serem recorríveis. Há despachos que, continuam sendo despachos, e devido ao seu descompasso com a lei, se tornam despachos “errados”⁵⁰ e, assim, propiciando a via recursal.

Tal fenômeno é visto, por exemplo, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). A mencionada legislação, em seu artigo 17, § 6º, preceitua que antes da ação propriamente dita ser instaurada, há uma notificação do requerido para responder sobre o possível ato ímprobo, e o juiz, ao analisar a prova documental, e se convencer de que há a probabilidade da ocorrência de improbidade, recebe a petição inicial e determina a citação do requerido para contestar. Ou seja, vê-se que há um direito do requerido de não sofrer uma ação sem qualquer fundamento, obrigando uma verificação prévia. Assim, se o juiz, ao analisar a petição inicial sem a manifestação anterior do requerido, determina a citação, estará, não somente infringindo a legislação como também lesando direito do réu. Neste caso, estaria proferindo um despacho errado e abrindo a via recursal do agravo de instrumento.

Outro caso, encontra-se na Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), onde está estabelecido que o prazo para a contestação é de 20 (vinte) dias (art. 7º, § 2º, IV) e não 15 (quinze). Desta forma, o despacho que determina a citação para contestar na ação popular, e fixa o prazo de 15 (quinze) dias, é um despacho errado e também passível de recurso.

Logicamente que razão assiste aos dois processualistas, sendo quando afirmam que um despacho tem características de decisão, abrindo a

e simples impulso processual, como os que o órgão judicial pratica quando assina prazo a qualquer das partes para falar nos autos, ordena a remessa destes ao contador, manda proceder à anotação de reconvenção ou de intervenção de terceiro pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único), designa dia, hora e lugar para ouvir a parte ou a testemunha impossibilitada de comparecer à audiência (art. 336, parágrafo único) etc. Todos esses atos – despachos em sentido próprio – são irrecurribéis, ex vi do art. 504 (cf., infra, os comentários a esse dispositivos). A classe, aliás, sofreu sensível esvaziamento em consequência do acréscimo de um parágrafo 4.º ao art. 162 (Lei n. 8.952, de 13.12.1994), a cuja luz “os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 246. vol V).

⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de Processo* n. 48, p. 12.

via recursal; sendo quando um despacho sem qualquer conteúdo decisório, se proferido erroneamente, oportunidade em que também abre-se a via recursal mesmo tratando-se de despacho.

No entanto, entende-se que não é unicamente a característica de ser decisão interlocutória que se abre a via recursal do agravo de instrumento, mas também quando o despacho, mesmo que não contenha conteúdo decisório, seja errôneo e cause dano à parte. Assim, detecta-se o critério do “prejuízo” para a recorribilidade dos atos judiciais. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira já bem constatou tal critério.⁵¹

A Lei n. 11.232/05 não provocou alterações quanto à recorribilidade dos despachos, mas mudanças substanciais nos conceitos de sentença e decisão interlocutória.

A mencionada lei determinou que sentença não é mais o ato que põe fim ao processo, mas o ato que tenha conteúdo de sentença, ou seja, que decida com base nos arts. 267 e 269 do CPC, enquanto, que por exclusão, as decisões interlocutórias ficaram sendo as decisões incidentais, que não contenha um dos fundamentos dos arts. 267 e 269 do CPC. A caracterização de sentença e decisão interlocutória não mais obedece o critério da finalidade, mas do conteúdo da decisão judicial, como já era preceituado na Itália e no Brasil.⁵²

Pois bem, louvável a intenção do legislador em detectar os verdadeiros conteúdos dos atos judiciais e colocá-los exatamente deste modo no Código de Processo Civil, mas mais tumulto pragmático trouxe do que solução teórica.

Tínhamos uma decisão que rejeitava pretensão de litisconsorte ativo, por exemplo. Tal decisão era teoricamente uma sentença, mas para o

⁵¹ “O que caracteriza ser determinado pronunciamento uma decisão é o prejuízo jurídico dele decorrente para uma ou ambas as partes. Os critérios do prejuízo e o topológico orientam o legislador na indefinição do gênero decisão – do qual são espécies a sentença e a decisão interlocutória – e do respectivo recurso interponível.” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 61)

⁵² “Nenhuma característica extrínseca caracteriza a sentença” (ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Milão: Giuffrè, n. 28, 1962, p. 65.) “Há que dar voltas à tautologia, a que dá azo a própria lei e, certamente, o único elemento por meio do qual se podem identificar as sentenças é seu conteúdo.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 532)

Código continuava uma decisão interlocutória, pois o processo ainda não tinha se encerrado, e a recorribilidade facilmente se encontrava no agravo de instrumento. Hodiernamente, a dúvida já se encontra presente. É uma decisão que julga com base nos artigos 267 e 269 (267 mais precisamente), no entanto não encerra o processo como um todo, mas somente uma das relações jurídico-processuais. Pois bem, pelo Código, restaria a apelação cível como meio recursal, mas será que o processo “subiria” ao segundo grau de jurisdição para a apreciação de tal feito? Haveria então a suspensão do processo? Em caso negativo, dever-se-ia impugnar via “apelação por instrumento”?

Certamente confusas todas essas respostas. Devido a isto, começou-se a pensar no modo menos gravoso ao processo e menos confuso à parte. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery informam que “o pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 267 ou 269 (CPC, 162, §1º) e, cumulativamente, b) extinguir o processo (CPC, 162, § 2º , a *contrario sensu*), se o pronunciamento for proferido no curso do processo, isto é, sem que lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória, impugnável por agravo (CPC 522), sob pena de instaurar-se o caos em matéria de recorribilidade desse mesmo pronunciamento.”⁵³

Assim, entenderam os processualistas que os critérios da finalidade e do conteúdo ainda se completam, devendo os dois estarem concomitantemente presentes para se definir o recurso cabível. Ou seja, a decisão deve conter a natureza de decisão com base nos arts. 267 e 269 do CPC, e extinguir o processo para ser impugnável via apelação cível, do contrário, será SEMPRE o agravo de instrumento. Deste modo, quanto à recorribilidade, não haveria mudanças substanciais decorrentes da introdução da Lei n. 11.232/05. No exemplo antes mencionado, de decisão que extingue pretensão de litisconsorte ativo, apesar desta conter características do preceituado pelos artigos 267 e 269, como não há a extinção do processo como um todo, o recurso cabível continua sendo o do agravo de instrumento.

Deste modo, concorda-se com a solução adotada pelos processualistas, de que os critérios da finalidade e do conteúdo devem estar

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 427.

concomitantemente presentes, mas apenas pra fins de recorribilidade. A definição da decisão judicial é definida claramente pelo código com o critério do conteúdo, não com o critério híbrido, este somente seria usado, como já dito, para fins de recorribilidade.

Não se está aqui dizendo que nada mudou quanto à recorribilidade dos atos judiciais com a vigência da Lei n. 11.232/05. Apesar do critério ser o da finalidade mais o do conteúdo, e assim parecer que nada mudou, casos peculiares surgiram. Por exemplo, na questão do art. 795 do CPC, que põe fim ao processo de execução, mas não decide com base nos arts. 267 e 269. No sistema anterior, a discussão do ato judicial que põe fim à execução, aqui se tratando da decisão eminentemente com base no art. 795 e não com base no 794 onde há manifestação judicial com base no art. 269⁵⁴, a impugnação era via apelação por ser ato judicial que põe fim ao processo. Com o advento da lei de 2005, a situação mudou completamente. A decisão com base no art. 795 não é com base nos arts. 267 e 269, se sendo assim, apesar de pôr fim ao processo, não é recorrível via apelação cível. Também não se trata de decisão interlocutória já que a mesma é definida no art. 162, § 2º do CPC como a decisão tomada no curso do processo, ou seja, DURANTE, não podendo ser a última decisão de uma relação jurídica. Ainda que, tal decisão não conte com qualquer carga declaratória, não podendo assim ser tratada como decisão interlocutória. Neste caso, o ato judicial se assemelha ao arquivamento dos autos, tratando-se de despacho, portanto irrecurrível. E, claro, sendo recorrível quando constatada alguma irregularidade, pois aí tratar-se-ia de despacho errado.

Enfim, este somente foi um exemplo para detectar uma mudança quanto à recorribilidade dos atos judiciais. Em regra, poucas ocorreram. A sentença é definida como o ato que decide com base nos arts. 267 e 269 do CPC, mas somente é apelável se tal decisão também encerrar o processo em primeiro grau de jurisdição. A decisão interlocutória é todo ato que decida questão incidental durante o processo, este impugnável por agravo. E os despachos são os atos ordinatórios do juiz, sendo em regra irrecurríveis (cf. art. 504 do CPC), e somente impugnáveis se constatada a irregularidade do

⁵⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6.a ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 122-123.

ato, o que também ocorre com os atos ordinatórios dos auxiliares da justiça do art. 261, par. 4.o do CPC.

1.5 DOS PRINCÍPIOS BASILARES DOS RECURSOS CÍVEIS

1.5.1 Dos princípios jurídicos e sua importância no ordenamento

1.5.1.1 Dos conceitos básicos sobre princípios

O processo civil, como afirma Eduardo Couture⁵⁵ é um processo dialético, ainda na concepção de Hegel, e por tal, possui uma tese (no processo civil sendo uma petição inicial ou razões recursais dependendo do caso), uma antítese (contestação ou contra razões recursais, conforme a situação) e uma síntese (sentença ou acórdão segundo os exemplos). Vê-se que sempre haverá uma provocação do judiciário, uma manifestação do sujeito passivo da relação jurídica processual, e uma resposta do magistrado para essa lide criada mediante e tutela jurisdicional que o caso exija. Em regra, tal procedimento deve ser respeitado para todo ato que ocorra durante uma demanda.

No entanto, ainda segundo o processualista uruguaio, não é somente a aplicação das regras da dialética em um processo que dá legitimidade a este, é necessário a distribuição razoável das oportunidades dadas às partes ao longo da demanda, de forma ordenada, e com igualdade de oportunidades para as partes manifestarem seus direitos. A exata aplicação do devido processo legal em seu sentido substancial, ou seja, a melhor forma de se distribuir as oportunidades às partes e a sua efetiva atuação, é regulada pelos princípios jurídicos.

Os princípios são verdadeiros mandamentos processuais que funcionam como setentrião para a elaboração de regras subsidiárias, ou ainda valores agregados para a resolução de situações conflitantes entre normas.

⁵⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 181. Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 266. vol. 1.

A palavra “princípio” possui várias acepções. Os dicionários a conceituam como “momento em que uma coisa tem origem”⁵⁶, “fonte primária de matéria básica ou energia”⁵⁷, “momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez”⁵⁸. Muito embora autores como Francesco Carnelutti adotem definição semelhante ao afirmar que princípio “é o ponto de partida do ciclo”⁵⁹, para o estudo jurídico do termo, e visando embasar as idéias transcritas no presente trabalho, a definição a ser adotada, embora as até aqui trazidas não sejam erradas, devem ser diferentes.

Os mesmos dicionários antes pesquisados trazem também que princípio é “lei, doutrina ou acepção fundamental em que outras são baseadas ou que outras são derivadas”⁶⁰. Esta é a função a ser ventilada. “É corrente em sede doutrinária a concepção de que o princípio, e, de certo modo, o princípio jurídico, liga-se à idéia de início, origem, ou ainda, de causa primária de um evento. Tal concepção, entretanto, parece-nos mais apropriada à noção filosófica de princípio, como elemento que se antepõe a uma dedução, não servindo por si, para explicar satisfatoriamente o fenômeno principiológico do direito.”⁶¹

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos nos traz várias características interessantes acerca do termo “princípio”, diferenciações essas retiradas dos textos do italiano Riccardo Guastini. Este afirma que “(a) princípios são normas providas de um alto grau de generalidade; (b) princípios são normas de um alto grau de indeterminação, que requerem concretização por via interpretativa para que possam ser aplicados a casos concretos; (c) princípios são normas de caráter pragmático; (d) princípios são normas de elevada posição na hierarquia nas fontes do direito; (e) princípios são normas que desempenham função fundamental no sistema jurídico como um todo, ou

⁵⁶ SILVA, Adalberto Prado. *Novo dicionário brasileiro*. Vol. III. 4.a ed., São Paulo: Melhoramentos, 1968, p. 834. Cf. PEIXOTO, Vicente. *Dicionário da língua portuguesa*. 16.a ed., São Paulo: LEP, 1964, p. 829.

⁵⁷ Idem. *Ibidem*.

⁵⁸ ALVES, Afonso Telles. *Dicionário moderno da língua portuguesa*. Tomo II. São Paulo: Edigraf, 1972, p. 817.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 57.

⁶⁰ SILVA, Adalberto Prado. *op. cit.*, p. 834.

⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983. *apud*: MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. 2.a ed., São Paulo: RT, 2004, p. 53.

num de seus subsistemas; (f) princípios são normas cuja função é fazer a escolha de outras disposições normativas aplicáveis aos casos singulares.”⁶²

Em tese, em tais características já se ventilam todas as presentes nos princípios jurídicos. Os mesmos possuem função importantíssima no ordenamento jurídico brasileiro, desempenham função norteadora em absolutamente todas as decisões judiciais e jamais podem ser descartados pela especialidade das normas jurídicas, mas somente pela prevalência de um princípio pelo outro.

Os princípios possuem um elevado grau de generalidade, ou seja, uma abstração do real sentido da palavra, e por um motivo muito simples: devido à função norteadora dos princípios, esses devem abarcar o maior número de situações possíveis. Devem conter mandamentos que sejam aplicáveis ao número de casos concretos que seja permitida a interpretação.

Um exemplo bem simples disso é a aplicação do hoje “enfraquecido” princípio da execução do modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 620). Diz-se “enfraquecido”, pelas alterações nas execuções judiciais e extrajudiciais, onde se estabeleceu um modo mais célere de satisfação do direito reconhecido (redução de prazos com a comunicação imediata ao juízo deprecado de uma execução por carta), retirada do efeito suspensivo da impugnação ao cumprimento da sentença e dos embargos à execução, e ainda quando se atribui ao credor a faculdade de indicar bens à penhora e de inclusive realizar a penhora por meios eletrônicos e atingir mais rapidamente o patrimônio do executado.

Pois bem, mesmo com tal enfraquecimento, o referido princípio ainda é aplicado em todas as situações onde as novas normas não incidam, desde que se verifique uma situação onde se encontre uma situação mais favorável ao devedor. Vê-se que o referido princípio se aplica quando se está diante de dois bens imóveis a se penhorar, e se impede a arrematação pelo credo, ponderando-se por uma condição mínima de contraditório no processo expropriatório, ou mesmo uma condição de sobrevivência digna para o devedor. Exatamente pela abstração dos princípios jurídicos, que não se pode

⁶² GUASTINI, Riccardo. *Principi del diritto. Dalle fonte alle norme*. Turim: Giapichelli, 1990, pp. 112-120. *apud*: VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da Fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 21.

estabelecer expressamente que os mesmos incidam em todas as situações mencionadas, como se necessitasse de um princípio de proibição da arrematação por preço vil, de um princípio para a obrigatoriedade do contraditório em situações onde houvesse a chance de causar dano ao devedor, etc.. Justamente por isso, há um princípio da proteção ao devedor, obrigando a execução, quando houver duas possibilidades de mesmo êxito ao credor, que seja feita do modo menos gravoso para o devedor, e cabe ao operador do direito aplicar o referido mandamento a todos os momentos do processo de execução. Isso é o alto grau de generalidade dos princípios jurídicos.

A característica de alto grau de importância no ordenamento brasileiro é praticamente uma decorrência do caráter genérico dos princípios. Como os princípios são normas genéricas, e de onde retiram-se conceitos para a aplicação na maioria das situações, os mesmos devem ocupar uma posição hierárquica superior, justamente para coordenar as normas a serem editadas, e como serem aplicadas. Hodiernamente, no direito mundial, os princípios jurídicos têm uma importância como não antes vista⁶³. John Henry Merryman, por exemplo, traz que a tarefa do jurista civil é a aplicação dos princípios jurídicos⁶⁴.

Da definição de princípio jurídico para Celso Antônio Bandeira de Mello se retira essa característica/função do mesmo. O administrativista afirma que princípio é um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

⁶³ “o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo* n. 98. São Paulo: RT, abril-junho de 2000, p. 84. Cf. *Direito Constitucional*. 6.a ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 305.)

⁶⁴ “Pero a um nivel muy fundamental se basan em nociones comunes, y se supone tradicionalmente que el desarrollo de tales nociones – teoria generales y principios generales del procedimiento – corresponde al procesalista civil; así como el desarrollo de teorias generales y principios del derecho, como vimos em los capitulos anteriores, es primordialmente la tarea del jurista civil.” (MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-germanica*. 2.a ed. 7.a reimpressão. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 210)

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”⁶⁵

No direito português, Helder Martins Leitão traz que os princípios são “também apelidados de dogmas jurídicos, são sínteses doutrinárias de várias disposições legais”⁶⁶ Não dizendo que tal definição está errada, mas talvez incompleta, os princípios podem sim surgir de muitas disposições legais, e por interpretação doutrinária e legal, serem detectados estes. Ocorre que esta é somente uma das formas de surgimento de um princípio jurídico, a de síntese se várias concepções legais. Mas os princípios surgem de disposições legislativas, ou de modo mais remoto, mesmo de costumes que se tornam leis. Ainda, os princípios não são estas “sínteses”, mas normas estruturantes⁶⁷ ou conceitos retirados destas que regulam as demais.

Basicamente, os princípios jurídicos, pelo menos num primeiro momento, são de duas formas: (a) os princípios de direito positivo; e (b) os princípios de direito natural.

Tanto os princípios de direito positivo quanto os de direito natural se encontram dentro dos princípios gerais de direito. Ocorre que os de direito positivo se detectam pela simples interpretação da norma jurídica, como por exemplo, o princípio da legalidade onde pela simples leitura do dispositivo legal já se vê este, e na aplicação, basta proferir uma decisão onde esteja baseada em alguma lei e não infrinja outra. Já os princípios de direito natural não se encontram na lei especificamente, mas sim nos próprios costumes da população em geral, não necessitando de uma técnica jurídica, mas sim filosófica para a sua aplicação, como um princípio de justiça, por exemplo, onde se avalia o que uma cultura elege como o bem para a aplicação naquele

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 7.a ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 537-538. *apud*: BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 45.

⁶⁶ LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2.a ed., Porto: ELCLA, 1998, p. 15.

⁶⁷ “Os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado. Necessitam de intermediação do intérprete, são de natureza fundamental, desempenhando papel estruturante dentro do sistema jurídico.” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo* n.17, p. 128.)

caso concreto⁶⁸. Por isso, tais princípios jusnaturalistas são variáveis conforme a mutação cultural de um povo.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁶⁹ afirma nesse sentido: no de que enquanto os princípios de direito positivo são decorrentes das normas jurídicas, por própria analogia jurídica, os princípios de direito natural, ou chamados por ele de “princípios de dada época e de estágio de direito” são variáveis conforme elementos fundamentais da cultura e tradição de um povo.

Celso Lafer, como filósofo do direito, utiliza esta ótica (da filosofia do direito) para explicar seus pensamentos sobre os princípios jurídicos. Afirma o jurista que estes valores, ou seja, os princípios de direito natural, não podem estar aquém da convicção do magistrado ao proferir uma decisão judicial, por serem valores consagrados constitucionalmente⁷⁰.

Com todo respeito ao jurista, e aqui contrapondo o pensamento do mesmo sobre sistema jurídico, entende-se no mesmo sentido de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, quando afirma que “esses últimos não seriam os verdadeiros princípios gerais do direito, mas a complementação das situações conflitantes.”⁷¹ Ou seja, os princípios de direito positivo é que se constituem as

⁶⁸ “A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos.(...) Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça pertence ao domínio da moral.” (KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 04)

⁶⁹ “A locução ‘princípios gerais do Direito’ tem dado margem a discussões e debates entre os juristas quanto à sua compreensão, e faz com que se dividam em campos opostos, principalmente, os positivistas e jusnaturalistas. Para aqueles, corresponde aos princípios gerais do direito positivo, confundido por alguns com a própria analogia jurídica; enquanto para os últimos corresponde aos princípios gerais de Direito sem cogitação de dada ordem jurídica específica, transcendendo o problema da técnica jurídica para o da Filosofia do Direito.

Encerra essa locução, na verdade, duas ordens de princípios gerais: (a) os de dado direito positivo; (b) os de dada época de estágio de direito. Uns informam a ordem normativa de determinado Estado, enquanto os outros a concepção jurídica dominante em certo momento histórico, respeitados os elementos fundamentais de sua cultura e sua tradição.” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I. 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 418)

⁷⁰ “Os princípios gerais caracterizam uma Constituição com a nossa. Na interpretação e na aplicação dos princípios gerais, surgem problemas práticos, para voltar à minha discussão de que a Filosofia do Direito é o campo dos juristas com interesses filosóficos confrontados com esses problemas. Não se podem resolver os temas que surgem da aplicação desses princípios com base em uma visão estrita do ordenamento jurídico. É necessário levar em conta tanto o ângulo interno da norma e da sua inserção no ordenamento quanto o ângulo externo, ou seja, os fatos e os valores que exigem ponderação.” (LAFER, Celso *et alli*. *O que é filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004, p. 70)

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I. 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 419-420.

bases de construção de um ordenamento, já os de direito natural, não podem ser considerados princípios gerais do direito, mas somente conceitos aplicáveis na interpretação de situações lacunosas ou conflitantes. Daí o total acerto de José Miguel Garcia Medina ao afirmar que “o direito natural influenciou sobremaneira diversos ramos do direito é, para nós, inegável. Concebê-los como os próprios princípios jurídicos, contudo, não nos parece adequado, porquanto somente a regra escrita pode demonstrar o *modus operandi* do princípio, bem como seus limites de aplicação.”⁷² Ante a estas explanações, fundamenta-se que somente os princípios de direito positivo podem servir de base para a construção de um ordenamento.

Dentre os princípios de direito positivo, também há uma pequena ramificação: (a) os princípios expressamente positivados; e (b) os retirados de conceitos normativos ou síntese de normas. Como afirma a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, é inegável que “há artigos que são praticamente a formulação dos próprios princípios. Aliás, a leitura do direito positivo faz com que se intua a presença destas linhas mestras como fontes de orientação.”⁷³ Como princípios expressamente positivados, ou ordens escritas e taxativas, retiramos o princípio da legalidade esculpido em nosso artigo 5.o da *Carta Magna*. Ali está claro que ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei, traduzindo o princípio da legalidade como norteador de todas as decisões judiciais.

Eduardo Couture detecta a presença dos princípios também como sendo uma síntese de várias normas⁷⁴. O processualista uruguaio traz inclusive que a repetição de uma mesma interpretação sobre normas se traduz numa dessas modalidades de princípios. Esses ditos princípios não taxativos e podem ser encontrados, por exemplo, no princípio da segurança jurídica. Tal

⁷² MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. 2.a ed., São Paulo: RT, 2004, p. 55.

⁷³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 225.

⁷⁴ “La enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse em forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de ella um principio. Em otras oportunidades, es el proprio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.” (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 182)

princípio não está previsto expressamente no ordenamento, porém, por decorrência da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5.o, inc. XXXVI), se constitui num dos mais importantes princípios fundamentais do direito, o que dá confiabilidade e segurança ao mesmo.

1.5.1.2. Os princípios lógico, jurídico, político e econômico

Não bastassem as definições e classificações trazidas até aqui, quatro princípios são basilares para a confecção de todos os outros, os princípios lógico, jurídico, político e econômico⁷⁵.

Por princípio lógico se entende como a escolha de meios mais seguros e céleres para descobrir a verdade evitando o erro. Assim, vê-se que este é um princípio de celeridade no processo e na decisão judicial, Explora a escolha dos meios mais efetivos, mas sempre respeitando o contraditório, a não ser quando em proveito deste que não houver se manifestado tiver sido deferida a decisão.

Já princípio jurídico é a manifestação da igualdade processual, sempre respeitando a oportunidade dos litigantes terem acesso à manifestação sobre o provimento jurisdicional e a justiça da decisão tomada.

Por princípio político se entende a introdução de garantias sociais como a liberdade, para que o processo transcorra com o mínimo de sacrifício dessas tais garantias sociais.

E o princípio econômico impõe à lide a redução de custos para movimentação da mesma, tornando a mesma acessível a todas as camadas da população. Tal princípio se vê facilmente no processo trabalhista e nos juizados especiais cíveis. No entanto o referido princípio econômico também se traduz no que chamamos de economia processual, a “economia” mesmo de atos processuais para se chegar ao mesmo objetivo. Sob esse prisma que Arruda

⁷⁵ “Pelo princípio lógico, deve-se escolher os meios mais seguros e rápidos para procurar e descobrir a verdade, e para evitar o erro. Em decorrência do princípio jurídico, deve-se proporcionar aos litigantes, igualdade na contenda e justiça na decisão. O princípio político, por sua vez, ainda segundo Mancini, se propõe introduzir no processo a máxima garantia social com o mínimo sacrifício individual de liberdade. Por fim, o princípio econômico requer que a lide não seja matéria de impostos pesados, nem por sua demora ou despesa, se fazendo acessível somente a alguns cidadãos privilegiados pela riqueza.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. 2.a ed., São Paulo: RT, 2004, p. 82)

Alvim⁷⁶ vê o princípio econômico ao afirmar que pelo princípio econômico se detecta a necessidade do processo render o máximo, com a menor atividade possível, para a maior rapidez da atividade jurisdicional.

Decorrente ainda desse princípio econômico, Chiovenda⁷⁷ traz importante observação. O mestre italiano observa um princípio maior e mais abrangente que é a aplicação do “mínimo médio” da atividade jurisdicional, ou seja, a obtenção do resultado máximo da atuação da jurisdição ao aplicar a lei, com o mínimo de atividade jurisdicional, o que no Brasil, Arruda Alvim diz ser a racionalidade do sistema recursal⁷⁸.

Sob esta ótica de princípio econômico que ora se posiciona. Interessante observar que este hodiernamente se torna talvez um dos princípios mais importantes do processo civil brasileiro, o da efetividade inserido no art. 5.o da Constituição Federal, nos incisos XXXV e LXXXVIII.

1.5.1.3 Função dos princípios

Das divagações até agora trazidas no presente trabalho, se pode retirar uma das principais funções dos princípios no nosso ordenamento. Da própria definição de princípio jurídico (normas norteadoras do sistema) já se encontra a função de coordenar o sistema jurídico, seja na produção de normas, seja na interpretação das mesmas⁷⁹.

⁷⁶ “Por el principio econômico se significa que el procedimiento – como cualquier actividad humana racional – deberá ser estructurado para rendir al máximo, com la menor actividad posible, todo para mayor celeridad de la actividad judicial.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño*. In: *Revista de Processo* n. 38, São Paulo: RT, abril-junho de 1985, p. 103)

⁷⁷ “Pero puede añadirse a éstos un principio mas general que nos es sino la aplicación del principio del mínimo medio a la actividad jurisdiccional y no solamente en el proceso particular, sino también em cuanto a otros procesos em su recíproca relación: conviene obtener el resultado máximo em la actuación de la ley con el menor emprego posible de la actividad jurisdiccional.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil*. Tomo I. trad. José Casais e Santaló. Madrid: Réus, 1977, p. 170)

⁷⁸ “A lide deve ser julgada no menor espaço de tempo possível (no que depender do sistema processual positivo) e com respeito ao direito das partes.” (ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existencia dos recursos – direito brasileiro*. In: *Revista de Processo* n. 48, p. 9).

⁷⁹ Mas, além deste papel de inspirador da lei, exatamente porque o foram, os princípios devem ter a função de nortear a interpretação do texto legal.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6.ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 225)

Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁰ explora muito bem essa função dos princípios quando destaca que quando o operador do direito aplica a norma ao caso concreto, encontra solução normativa para o caso concreto por meio da subsunção, e o faz por meio do texto da lei, pela doutrina, jurisprudência e por todos os princípios jurídicos a eles incorporados.

Os princípios propõem a todas as relações jurídicas onde há o conflito de interesses posto em juízo, uma tentativa de busca do ótimo, o que se chama de otimização do sistema com a interpretação harmônica das normas com os princípios jurídicos⁸¹, esta sendo a função vinculante dos princípios⁸², ou ainda na observância da criação das normas, impedindo o surgimento de normas conflitantes com os princípios, sendo esta a função negativa dos princípios. O objetivo principal é evitar falha de interpretação e o conflito no sistema jurídico.

Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos faz uma síntese das funções dos princípios e com ela ora se posiciona. A processualista paranaense traz que “os princípios têm uma tríplice função: a de fundamento do sistema jurídico; a de critério para a interpretação das outras normas; e, de fonte integradora do ordenamento jurídico, suprimindo as lacunas da lei ou servindo como recurso diante dos defeitos das regras positivadas.”

1.5.1.4 Princípios e regras jurídicas e os conflitos entre os mesmos

Imprescindível que se faça uma diferenciação entre regras jurídicas e princípios. Poder-se-ia entender como regra a norma jurídica positivada e o princípio como a síntese de muitas delas, mas não. Como se

⁸⁰ “Usaremos a expressão subsunção do fato à norma no sentido de encaixe do fato na SOLUÇÃO NORMATIVA encontrada, a partir do texto da lei, da jurisprudência e da doutrina, E DOS PRINCÍPIOS QUE LHEM TENHAM SIDO INCORPORADOS.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001, p. 96, destaques no original)

⁸¹ “São normas que impõem uma otimização, compatível com vários graus de concretização, segundo condicionamentos fáticos e jurídicos, a realização de algo na melhor forma possível.” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo* n.17, p. 128)

⁸² “As normas jurídicas veiculadas pelos princípios constitucionais têm caráter impositivo, coercitivo e insuperável, determinando, pois, que todas as regras do sistema jurídico sigam o que foi principiologicamente definido. Nessa medida, os princípios vinculam a interpretação de todo o texto constitucional.” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo* n.17, p. 130)

disse, também há princípios que são praticamente taxativos em nossa constituição ou mesmo em outras legislações.

A diferença então não está na forma como o mandamento se apresenta para o operador do direito, mas na sua importância. Os princípios são elaborados após a interpretação de várias normas, após o surgimento de vários percalços, vêm carregados com os valores da sociedade. Aqui sim se vê a diferença, no caráter genérico e agregação de valores que os princípios possuem, e não na taxatividade. Robert Alexy traz que os princípios são razões para juízos concretos de dever-ser, ou seja, razões de um tipo especial. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.⁸³ Segue o jurista alemão afirmando que numerosos são os critérios propostos para a distinção entre regras e princípios. O da generalidade é o mais freqüente, sendo os princípios as normas com um grau de generalidade relativamente alto, e as regras as normas com um grau baixo. As normas podem se dividir em regras, não somente com uma diferença gradual: a diferença é *qualitativa*⁸⁴.

Existem casos sucintos. Um princípio conhecido é o princípio do contraditório (CF/88, art. 5.o, LV), tal princípio apesar de estar expressamente previsto, carrega toda uma característica genérica: primeiramente por subentender toda a garantia de informação do jurisdicionado e possibilidade de manifestação deste; bem como possibilita a sua aplicação em todas as normas jurídicas que tratam de procedimento para o réu.

Diferente é uma regra jurídica. Não é porque uma norma esteja na Constituição que como princípio deva ser tratada. Temos no artigo 105, III da Carta Magna o cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça quando o tribunal local tiver decidido em única ou última instância quando a decisão contrariar lei ou negar-lhe vigência, julgar válido lei ou ato do

⁸³ “Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002, p. 83)

⁸⁴ “Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidad es el más frecuentemente utilizado. Según él, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. (...) Las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cuantitativa*.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002, pp. 83-86)

governo local contestado em face de lei federal, ou der interpretação divergente da dada por outro tribunal. Tais regras, apesar de estarem presentes da Constituição, são hipóteses de cabimento como outro recurso como o agravo (CPC, 522) ou apelação (CPC, 513). Muito embora o direito material ali discutido possa até ser um princípio jurídico, essas normas sobre cabimento de recursos, por exemplo, trata-se de regras jurídicas.

Questão vital a se enfrentar é o procedimento utilizado quando do conflito de normas, seja entre regras jurídicas, regras e princípios e entre os próprios princípios. Aqui se falando em aplicação das normas perante o caso concreto.

Quando do conflito entre regras e princípios, talvez a solução seja a mais fácil. O princípio, por conter uma carga de valores bem maior do que uma regra vai, na maioria dos casos, prevalecer, a não ser quando o princípio não consiga abarcar na melhor forma o caso concreto. Nesse caso, a regra ainda encontrará continuidade. O princípio, por conter uma carga de valores bem maior, prevalece sobre a regra, mas sem que essa seja retirada do ordenamento, é uma retirada somente para aquele caso concreto.⁸⁵

No caso do conflito de regras, o critério adotado é o da validade⁸⁶, verifica-se as hipóteses como foram concebidas para se averiguar qual regra prevalecerá sobre a outra, provavelmente será tida como nula essa regra não aplicada. Ou seja, ou uma regra é aplicada ou não, é o chamado “tudo ou nada”⁸⁷ na aplicação da regras conflitantes, tornando a outra inválida como preceitua Hart.

⁸⁵ “This is an example of a principle winning in competition with a rule do not the existence of such competition surely shows that rules do not have an all-or-nothing character, since they are liable to be brought into such conflict with principles which may outweigh them.” (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2.^a ed., Norfolk: Oxford University Press, 1994, p. 262)

⁸⁶ “O conflito de regras se resolve pelo critério da validade, ou seja, haverá de ser introduzida numa das regras uma cláusula de exceção, ou declara-se nula uma das regras em conflito. Já a colisão de princípios se resolve pelo critério do valor.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da Fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 25)

⁸⁷ “Rules, according to him, function in the reasoning of those who apply them in an ‘all-or-nothing manner’ in the sense if a rule is valid and applicable at all to a given case then it ‘necessitates’ i. e. conclusively determines the legal result or outcome.” (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2.^a ed., Norfolk: Oxford University Press, 1994, p. 260)

No Brasil, João Batista Lopes, trouxe a mesma adoção de critérios para se resolver os conflitos entre regras jurídicas para a sua aplicação no caso concreto⁸⁸.

Já na colisão entre os princípios, a saída adotada é a averiguação dos valores contidos entre os princípios, por exemplo, o princípio do direito à vida contra o princípio da liberdade, e prevalecendo daquele sobre este ante a sua importância e reconhecimento de valores perante a sociedade. Embora, é claro, muitas desses valores podem ser superados. Por exemplo, o princípio da liberdade sempre terá hierarquia sobre o princípio da efetividade da execução, mas em alguns casos como no depositário infiel, ou mesmo nas medidas do art. 461 para alguns autores, pode ocorrer a prisão do devedor para melhor resguardo da efetividade da execução no caso concreto. Aí o princípio não perde a validade como as regras, mas sim não é aplicado na sua totalidade pela prevalência de outro no caso concreto. O critério adotado é a avaliação do peso dos princípios perante o caso concreto segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a criação do direito para o julgamento de casos difíceis exige uma hermenêutica específica assente numa ponderação ou balança de princípios.”⁸⁹

Ronald Dworkin⁹⁰ utiliza para fundamentar os critérios utilizados no conflito de princípios, um certo “teste de origem”, levando em conta valores

⁸⁸ “Consoante essa concepção, os princípios são mandados de otimização, isto é, comportam graus de aplicação; já as regras ou valem ou não valem. Por exemplo, o princípio da ampla defesa sujeita-se a gradação segundo a natureza da causa. (v. g., na ação de desapropriação, a defesa é restrita à discussão da validade do ato expropriatório e ao valor da indenização). Já a regra se sujeita a tal gradação. Por exemplo, a lei posterior revoga a anterior expressa ou tacitamente de modo a excluí-la do sistema. É o chamado tudo ou nada.” (LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil. Vol. I*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 4)

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípioalização da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo n. 98*. São Paulo: RT, abril-junho de 2000, p. 89.

⁹⁰ “El criterio de la identificación de los principios y de las directrices no puede ser el test de origin. Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (fairness). Mientras las normas las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir em un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio – su peso específico – es el que determina cuándo se debe aplicar em una situación determinada.

Los principios – además – informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola um principio que em esse caso específico se considera importante. Para dar fuerza a su argumento Dworkin da uma serie de ejemplos de problemas difíciles resueltos por la Corte Constitucional americana

sociais festejados pelos jusnaturalistas como equidade e justiça. Embora ao final, vá no sentido aqui defendido, o de utilizar o critério do “peso” dos princípios, o jurista recorre a valores já aqui defendidos como não sendo utilizáveis para o estudo do sistema de princípios jurídicos. Utiliza para fundamentar tais pensamentos, os *hard cases* julgados pela Suprema Corte Americana. Dworkin entende que sempre quando se depara com um desses casos difíceis, imprescindível se recorrer aos valores de direito natural para fundamentar as decisões justamente por não se encontrar a solução no próprio sistema.

Hart⁹¹, em trecho da segunda edição de seu livro, que pelo menos na edição inglesa, parece escrito justamente para contrapor as opiniões de Dworkin, afirma que de certa forma estão certas as afirmações de Dworkin, pelo menos quanto aos critérios de avaliação nos conflitos entre regras e entre princípios. Pensa o jurista que aquele está certo na adoção do critério da validade para resolver o conflito de normas, e da importância (peso perante o ordenamento), ou mesmo analisar o “excesso de peso” do princípio para fazer esse prevalecer, mas não que isso implique numa invalidade do princípio perante os casos concretos futuros. O que se critica em Dworkin é a adoção de critérios de justiça para avaliar o conflito entre os princípios, justamente nos casos da primeira, quinta e décima quarta emendas constitucionais norte-americana, onde o doutrinador entenda serem casos de lacunas. Nesses

y demuestra el papel que de hecho juegan los principios.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 1.a ed., 4.a ree impr. Barcelona: Ariel Derecho, 1999, pp. 9-10.)

⁹¹ “Some examples given by Dworkin of such non-conclusive principles are relatively specific, such as ‘the courts must examine purchase agreements [for automobiles] closely to see if consumer and public interests are treated fairly’; other have much wider scope, such as the most important constitutional restrictions on the powers of the United States Congress and on state legislation such as the provisions of the First, Fifth, and Fourteenth Amendments to the United States Constitution function as non-conclusive principles. Legal principles, according to Dworkin, differ from rules because they have a dimension of weight, but not of validity, and hence it is that in conflict with another principle of greater weight, one principle may be overridden and fail to determine a decision, but none the less will survive intact to be used in other cases where it may win in competition with other principle of lesser weight. Rules, on the other hand, are either valid or invalid, but do not have this dimension of weight, so if as initially formulated they conflict, only one of them according to Dworkin can be valid, and a rule which loses in competition with another must be reformulated so as to make it consistent with its competitor and hence inapplicable to the given case.

I see no reason to accept either this sharp contrast between legal principles and legal rules, or the view that if a valid rule is applicable to a given case it must, unlike a principle, always determine the outcome of the case.” (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2.^a ed., Norfolk: Oxford University Press, 1994, p. 261)

casos, segundo Hart, o critério ainda continua sendo o mesmo, o de importância de princípios jurídicos perante o caso concreto.

Problemática diversa é o conflito entre regras e princípios no surgimento de novas normas. Como dito, os princípios gerais do direito também possuem a função de regular o surgimento das normas jurídicas, sejam regras ou princípios. Toda norma jurídica surgida no ordenamento deve guardar relação positiva com os princípios gerais.

Ao analisar tal fenômeno no direito português, Helder Martins Leitão⁹² traz um exemplo bem compreensível. Há o princípio geral de que “ninguém se deve locupletar a custa alheia” que foi retirado de várias regras como “mandando restituir o indevidamente recebido” no caso de repetição de indébito, “reembolsar as despesas feitas pelo mandatário ou pelo gestor de negócios” quando o gestor reter valores, “compensar o proveito obtido com prejuízo alheio” quando alguém possui valores que não lhe pertencem e a outrem causou prejuízo, etc. Depois de surgido o princípio, todas as normas jurídicas surgidas naquele ordenamento devem sempre seguir este como norte para serem aceitas no ordenamento.

Tal função dos princípios, de regular as normas surgidas no ordenamento, foi explanada por Claus-Wilhelm Cannaris⁹³. O jurista alemão traz que quando uma norma surge um conflito com algum princípio jurídico, entra-se na seara da derrogação, pois aos princípios cabe a prevalência na hierarquia, e tais normas surgidas, já nascem nulas. Trata-se da função negativa dos princípios, a de impedir a validade de normas jurídicas contraditórias com estes conforme ensinamento de Raquel Fernandes Perrini⁹⁴.

⁹² “Assim, é das normas, longamente aplicadas, mandando restituir o indevidamente recebido, reembolsar as despesas feitas pelo mandatário ou pelo gestor de negócios, compensar o proveito obtido com prejuízo alheio, etc., que se deduziu o princípio, altamente justo e moral, de que “ninguém se deve locupletar a custa alheia”. Esta elaboração científica, não tem valor por si, mas somente coincide rigorosamente com o direito positivo.” (LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2.ª ed., Porto: ELCLA, 1998, p. 15)

⁹³ “Mas com isso já se ultrapassou o âmbito da complementação da lacuna e se penetrou no da derrogação, o que não tem sido, até hoje, suficientemente enfocado na literatura; pois o passo decisivo ocorre antes da afirmação de uma lacuna, designadamente na aceitação de que se debatem normas contraditórias e que, por isso, ambas são nulas.” (CANNARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 218)

⁹⁴ “a função negativa dos princípios jurídicos consiste, basicamente, em impedir a introdução no sistema normativo de disposição incompatível com o valor por eles descrito.” (PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo* n.17, p. 129)

Um exemplo de norma (no caso, regra jurídica) onde se defende o seu surgimento já sem validade perante o sistema de princípios, se vê na recente reforma do processo de execução, imposta pela Lei n. 11.382/2006, quando fere o assunto da impenhorabilidade da pequena propriedade quando trabalhada pela família.

O artigo 649, X, do Código de Processo Civil, antes da edição da Lei n. 11.382/2006, preceituava que era impenhorável “o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins agropecuários.” Pois bem, a Constituição Federal consagrou a proteção ao pequeno proprietário rural ao inserir em seu inciso XXVI, do artigo 5º, ao afirmar que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de se financiar o seu desenvolvimento”. Com uma simples lida vê-se que a Constituição Federal acolheu a proteção ao pequeno proprietário rural, mas também, sem dúvida, consagrou o princípio da efetividade da execução quando da penhora do imóvel rural, ou seja, preceituou que o imóvel rural é impenhorável, se a propriedade for pequena, a família nela trabalhar, e se, impreterivelmente, a dívida executada advier de débitos decorrentes de sua atividade rural. Ou seja, a Constituição exteriorizou que realmente o pequeno proprietário rural merece o resguardo, mas não poderia essa proteção ser utilizada em dívida de consórcio de veículo ou advinda de um ato ilícito. A Constituição entendeu que a proteção somente tem razão de ser se a atividade for eminentemente rural, desdobrando-se isso também na dívida adquirida. Tanto o é que esse entendimento de que o artigo 649, X, antes da reforma processual, tinha sido derogado em parte pelo dispositivo constitucional, fazendo restringir a impenhorabilidade da pequena propriedade rural somente nos casos onde a dívida exequenda tiver origem na própria atividade rural do imóvel, era o entendimento pacífico em nossos tribunais.⁹⁵

⁹⁵“Ante a regra do art. 5., XXVI da Carta Constitucional a questão se repete, pois deve ser pequena em sua área, e que seja trabalhada pela família, não podendo ser penhorada, tão-somente se for para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade lucrativa. O Contrato de Crédito Pessoal, por possuir liquidez, certeza e exigibilidade, possui força

Não bastasse, a Lei de Impenhorabilidade de Bem de Família (art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/90) estabeleceu que a impenhorabilidade restringir-se-á somente às dependências da residência da família na propriedade rural, ressalvado o caso do art. 5º, inc. XXVI da CF/88, derogando-se dessa forma o art. 649, X.⁹⁶

Com uma simples interpretação gramatical dos dispositivos legais ora citados, entendia-se que a impenhorabilidade do imóvel rural restringe-se à moradia, com os respectivos bens móveis; e nos casos onde a dívida originária da penhora for resultante da atividade agrícola do próprio imóvel, a impenhorabilidade estaria estendida ao módulo rural. O objetivo da lei brasileira é proteger o pequeno agricultor que realiza financiamentos para a subsistência de sua atividade, vedando que esse pequeno agricultor seja atingido pela cobrança desta dívida agrícola, mas somente nesses casos.

Ocorre que houve a referida reforma do processo de execução, e o antigo inciso X do artigo 649, do Código de Processo Civil passou a ser o inciso VII, preceituando que é impenhorável “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família.” Não bastasse a incongruência com o parágrafo 2.º, do art. 4.º da Lei de Bem de Família, que tinha estabelecido a interpretação exata para o tema, e já derogado o antigo artigo 649, X, a nova reforma foi contra a própria disposição constitucional,

executiva.” (TJRJ, 14.a Câm. Cív., ApCív n. 2000.001.07239, rel. Des. Walter D. Agostino, j. 05.09.2000, disponível em www.tj.rj.gov.br. g. n.)

“Para a configuração da impenhorabilidade do imóvel rural, é necessário o preenchimento concomitante de alguns requisitos, quais sejam: possuir apenas um único imóvel em seu nome o devedor; ter área menor ou igual a um módulo o imóvel; desenvolver atividade produtiva subsistente na área o devedor e/ou sua família; estar a dívida causadora da penhora vinculada à atividade produtiva desenvolvida na propriedade. Ausente um destes requisitos, não há como enquadrar a propriedade, naquelas em que a legislação busca proteger por cumprirem um fim social e assim merecer especial tratamento.” (TJPR, 8.ª Câm. Cív., Agln n. 0255079-4, rel. Des. Dimas Ortencio de Mello, j. 25.05.04, *DJPR* n. 6640, g. n.)

“Para reconhecer-se a incidência da proteção inculpada no art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, à pequena propriedade rural, mister se faz que o débito exequendo tenha sido contraído em decorrência da atividade produtiva do próprio bem, requisito esse sem o qual inviabilizada se torna a pretensão da embargante, a qual, além disso, possui outro bem imóvel, fato esse que impossibilita o aproveitamento do art. 649, inciso X, do Código de Processo Civil.” (Ex-TAPR, 1.ª Câm. Cív., ApCív n. 0120160-9, rel. Des. Mário Rau, j. 17.11.98, *DJPR* n. 5286, g. n.)

⁹⁶ “A par da não recepção, a parte final do art. 649, X, CPC foi derogada por disposição posterior e especial contida no art. 4º, § 2º da Lei 8.009/90.” (STJ, 4.a T., Resp n. 262641/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001, *DJU* 15.04.02, p. 223) “A penhora de imóvel rural requerida com fundamento no art. 649, X, do CPC, deve ser analisada em conformidade com o art. 4º, § 2º, da Lei 8009/90, que, de forma implícita, revogou o dispositivo da lei processual.” (TJPR, 3.ª Câm. Cív., Agln n. 0246788-9, rel. Des. Hamilton Mussi Correa, j. 17.02.04, *DJPR* n. 6573, g. n.)

infringindo o mandamento constitucional inserido em cláusula pétrea, de que a impenhorabilidade do imóvel rural seria restringida à toda a propriedade, desde que pequena, trabalhada pela família, e que a dívida advenha de débitos relacionados à atividade rural.

Pode-se entender que a reforma somente mudou o conceito de impenhorabilidade do módulo rural para a pequena propriedade como já dizia a Constituição, mas não poderia transpor a norma constitucional que vedava a impenhorabilidade quando a dívida não tivesse origem na atividade rural. Com todo respeito aos que pensam que com a reforma, a impenhorabilidade estaria estendida à pequena propriedade rural independentemente da origem da dívida, desde que trabalhada pela família⁹⁷, pensa-se de modo diverso.

A Constituição não só protegeu o pequeno proprietário rural quando da inserção do inciso XXVI de seu art. 5º, mas também deixou claro que estava fazendo incidir o princípio da efetividade executiva na questão, não permitindo a impenhorabilidade da pequena propriedade rural quando a dívida não advier da atividade agrícola. Não poderia a norma infraconstitucional transpor esse mandamento contido na cláusula pétrea. A interpretação da questão ora posta segue os mesmos modos de antes da reforma, utilizando-se os artigos 5º, XXVI da CF/88 e o art. 4º, §2º da Lei n. 8.009/90, ou seja, a pequena propriedade rural é impenhorável somente quando trabalhada pela família, esta não possuir outro imóvel, e a dívida advier da atividade agrícola, e em caso negativo deste último requisito, a impenhorabilidade atine somente à residência da propriedade, e suas dependências. Não é porque um inciso do art. 649, do CPC, somente mudou de local que os outros dispositivos legais que regulam a questão perdem a eficácia, já que se com a validade do novo artigo 649, VII, não importaria a origem da dívida e a impenhorabilidade não

⁹⁷ “Com a modificação legal, a nova norma processual tornou-se mais abrangente em termos de proteção ao executado do que a norma constitucional, já que a única exigência para que a pequena propriedade rural seja impenhorável é que a mesma seja trabalhada pela família, pouco importando a natureza da dívida contraída pelo executado. Enquanto no art. 5.o, XXVI, da CF, ‘a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento’, a nova redação do art. 649, VIII, do CPC não faz qualquer remissão à natureza da dívida, o que demonstra claramente a sua maior amplitude com relação à norma constitucional.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *A Reforma do CPC 2. Leis n. 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, p. 223)

restringir-se-ia somente à residência no caso da dívida não ter origem na atividade rural, ou seja, o dispositivo constitucional e o da lei de bem de família não teriam razão nenhuma de estarem presentes no ordenamento.

Esse caso elucidativo é um exemplo típico da ação da função negativa dos princípios jurídicos, onde a regra jurídica, quando nasce em desconformidade com o princípio geral, já nasce sem validade perante o ordenamento.

1.5.2 Do princípio do duplo grau de jurisdição

A decisão judicial é o fim do processo dialético gerado pela iniciativa das partes, seja uma decisão interlocutória ou uma sentença, é a manifestação judicial, em regra, depois de ventilados os argumentos dos dois pólos litigantes.

Mesmo seguindo esse caminho considerado correto, um pronunciamento judicial pode conter vícios, sejam vícios intrínsecos, de ordem íntima do julgador, irregularidades quanto ao procedimento (*error in procedendo*), ou ainda, sejam vícios atinentes à própria opinião do operador do direito ou mesmo desconhecimento de um posicionamento mais adequado acerca da matéria decidida (*error in iudicando*).

Por tais motivos, a decisão judicial necessita de passar por uma revisão, para que ao menos haja uma confirmação de pensamento, dando legitimidade ao pronunciamento do magistrado, e com muito mais razão, seja reformada no caso de *error in procedendo* ou *error in iudicando*.

Para tanto, vige em nosso processo civil, o princípio do duplo grau de jurisdição, com o objetivo de dar legitimidade à decisão judicial e se pacificar entendimentos acerca das matérias submetidas ao judiciário. “Tradicional é a correlação que se estabelece entre o instituto do recurso e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem submeter-se a exames sucessivos como garantia de boa solução.”⁹⁸

Tal princípio, sem sombra de dúvidas, está presente em nosso sistema processual pela própria previsão dos recursos, mas indaga-se se o

⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 13.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 237. vol V.

referido princípio exige-se o exame por grau diverso e se há previsão expressa do mesmo. Como já dito no presente trabalho, os princípios jurídicos, até os fundamentais, alicerces do nosso sistema jurídico, podem não ter previsão expressa no ordenamento. Podem ser concebidos de uma interpretação sistemática, e ainda assim ter papel vital, seja no nascimento de novas normas, seja na própria operatividade do direito.

O princípio do duplo grau de jurisdição é um desses princípios basilares, fundamentais para o ordenamento, mas como o princípio da segurança jurídica e da fungibilidade, não têm previsão expressa, surgem de uma interpretação sistemática e da própria necessidade de organização do processo civil. O princípio é constatado pela própria previsão dos recursos em nossa Constituição, assim como em Portugal⁹⁹, pela relação entre juízes e o tribunal a que é submetido¹⁰⁰, e também pela função delimitada aos tribunais para julgarem determinados recursos¹⁰¹.

⁹⁹ “Deve, porém, chamar-se a atenção para a circunstância de a nossa Constituição considerar, entre as várias categorias de tribunais, a existência dos tribunais de recurso na ordem dos tribunais judiciais.” (MENDES, Armindo Ribeiro. op. cit., p. 100)

¹⁰⁰ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- I-A o Conselho Nacional de Justiça;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

¹⁰¹ “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:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

O princípio do duplo grau de jurisdição entra em uma pequena celeuma quando se fere a questão de saber se o princípio se atine somente à possibilidade de revisão de uma decisão ou se é a obrigatoriedade de revisão por outro órgão jurisdicional superior.

Em Portugal, os doutrinadores são claros ao preceituar o princípio do duplo grau de jurisdição como sendo a possibilidade de revisão de uma decisão por órgão hierarquicamente superior¹⁰². Existem autores que se referem ao próprio Liebmann, que tinha um projeto de lei para estabelecer o princípio do duplo grau do direito italiano como sendo a possibilidade de revisão da decisão por outro tribunal.¹⁰³

Muito provavelmente por essa própria influência de Liebmann, na Itália, hodiernamente, os doutrinadores preceituam claramente pela obrigatoriedade de revisão da decisão judicial por tribunal diverso quando se fala em princípio do duplo grau de jurisdição. Essa opinião é exteriorizada por Michele Taruffo, Luigi Paolo Comoglio e Conrado Ferri.¹⁰⁴

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

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

¹⁰² “por duplo grau de jurisdição entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdicional superior (instância de grau superior)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. p. 662, In: MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25)

¹⁰³ “No sistema de duplo grau de jurisdição, pelo contrário, preconizava-se, tão somente, a garantia de que qualquer decisão judicial poderia ser reexaminada por um outro tribunal superior, tribunal de revista ou cassação. Este sistema é designado por Canelutti como sistema da (decisão) posterior prevalente.”

Não tendo entre nós acolhimento no presente o sistema da “dupla conforme”, pode dizer-se que a nossa regulamentação de recursos cíveis comporta, de um modo geral, a garantia do duplo grau de jurisdição. Como escreve o processualista italiano Liebman, autor de um projeto de reforma da lei processual civil italiana que não se transformou em lei, um princípio acolhido universalmente pretende que todas as controvérsias possam, depois do primeiro juízo, passar por um exame de outro órgão (em regra superior), a fim de serem julgadas uma segunda vez numa nova fase processual que o prosseguimento de um mesmo processo. Este segundo juízo é o juízo da apelação: o recurso (*impugnazione*) mais amplo, é também o mais freqüente, aquele a que, mais do que qualquer outro, está confiada a função própria dos recursos, a de apresentar um meio de controle das sentenças e uma garantia de uma melhor justiça.” (LIEBMANN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. III. 3.a ed., 1976, p. 45. In: MENDES, Armindo Ribeiro. op. cit., pp. 96-97)

¹⁰⁴ “Il principio è quindi rispettato in tutti i casi in cui abbia luogo piuttosto un “doppio invito” delle parti al giudice di decidere sulla domanda, anche senza l’effettivo esame di esso e la regola esprime la mera possibilità di riproporre ad un giudice diverso una domanda già

Já na França¹⁰⁵, o princípio ora ventilado diz respeito somente à possibilidade de revisão da decisão, não se submetendo obrigatoriamente a outro órgão da jurisdição para dar legitimidade ao pronunciamento judicial.

No Brasil, há entendimentos que falam claramente que o referido princípio se traduz na “possibilidade de reapreciação do mérito da causa, por meio do reexame da decisão final de instância original, abrangendo tanto as questões de fato como as de direito, por órgão jurisdicional diverso, sendo este de hierarquia superior ou final.”¹⁰⁶

Com todo respeito aos que dessa forma pensam, entende-se que a afirmação de que o princípio do duplo grau de jurisdição, apesar do nome poder levar a entender que seja a possibilidade de revisão por órgão diverso, o princípio deve ser relativizado.

De acordo com o já defendido no presente estudo, existe um direito constitucional de ter o jurisdicionado, se assim optar, se ter sua lide apreciada por um órgão colegiado, e assim o princípio do duplo grau de jurisdição também se coaduna. Ou seja, sempre a revisão deve ser feita por colegiado, seja revisando decisão monocrática, seja decisão colegiada. Por exemplo, se houver uma decisão de juiz de primeiro grau numa questão incidental, ao colegiado do tribunal regional se submete; se houver uma decisão monocrática de um relator de recurso, a três desembargadores da turma se submete; se houver uma decisão não unânime desses desembargadores, à turma em composição integral se submete; podendo chegar ao pleno e posteriormente ao tribunal superior, respeitando as mesmas regras.

Assim, vê-se que o princípio do duplo grau obriga sim a possibilidade de revisão por outro órgão, sempre hierarquicamente superior, mas este órgão pode estar dentro de um mesmo tribunal, como um grupo de turmas revisando a decisão da turma.

sottoposta al primo giudice.” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4.a ed., Bologna: il mulino, 2006, p. 612).

¹⁰⁵ No direito francês, encontramos uma conceituação que relaciona o duplo grau de jurisdição com a possibilidade de duplo exame de questões litigiosas. (MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25)

¹⁰⁶ MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24

Quanto à elevação do princípio do duplo grau de jurisdição à categoria de princípio constitucional, não surgem maiores problemas.

Apesar de na Itália¹⁰⁷ não ser consagrado como princípio constitucional, os próprios doutrinadores italianos defendem que isso torna o sistema deficiente pela possibilidade de se retalhar rotineiramente o referido princípio.

Por isso, doutrinadores como Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁰⁸ entendem que pela própria previsão de alguns recursos em nossa Constituição Federal, apesar de não haver previsão expressa, o princípio do duplo grau de jurisdição está presente na Carta Magna, como próprio meio de se evitar as subtrações do legislador infraconstitucional, e assim se proporcionar a possibilidade do jurisdicionado ter acesso à decisão colegiada, e assim se manter o Estado de Direito.

Desta forma, ora posiciona-se pela constatação do princípio do duplo grau de jurisdição como sendo uma garantia constitucional, e sendo este princípio como sendo a possibilidade de revisão colegiada por órgão superior embora podendo ser dentro do mesmo tribunal. Sendo estas conclusões as mais sensatas para se manter o Estado de Direito que tanto se busca.

1.5.3 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

¹⁰⁷ “Il doppio grado di giurisdizione non è elevato a rango di principio costituzionale, ma, se è così, possono riprendere vigore i ricorrenti tentativi di critica, che, muovendo da incertezze circa la stessa opportunità di conservare il mezzo di impugnazione, sono diretti a porne in luce strutturali manchevolezze.” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4.a ed., Bologna: Il mulino, 2006, p. 613)

¹⁰⁸ “A Constituição Federal descreve a estrutura do Poder Judiciário e cria Tribunais, cuja função, preponderantissimamente, é a de julgar recursos. Não está, de fato, expresso na Constituição o princípio do duplo grau de jurisdição (o que não é óbice a que seja considerado princípio constitucional) e se sabe que a lei ordinária cria, como acabou de criar, “exceções” a esse princípio (o que também não conflita com a natureza de princípio constitucional que tem esta regra).

Consideramos ser o princípio do duplo grau de jurisdição um princípio constitucional por estar indubitavelmente ligado à noção que hoje temos de Estado de Direito.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2005, p. 267) No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 140. Em sentido contrário: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19.a ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 73.

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* trata-se de mandamento recursal básico, o de que o recorrente somente pode visar melhor sua situação mediante a submissão da lide à apreciação de órgão superior. “O princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou seja, aquele segundo o qual o recurso somente poderá beneficiar a parte que recorreu, significa que nunca, em função de seu próprio recurso, a parte que recorreu poderá vir a ser prejudicada, isto é, não poderá ter sua situação piorada pelo julgamento de seu recurso.”¹⁰⁹ A mencionada “piora” na situação do recorrente liga-se sempre ao aspecto prático deste gravame¹¹⁰, não somente ao aspecto jurídico, não seria um desrespeito ao princípio recursal a mudança de uma decisão somente acerca do fundamento da mesma, mas mantendo sua improcedência.

O mencionado princípio liga-se precipuamente ao efeito devolutivo dos recursos. A matéria devolvida ao tribunal, somente tem a possibilidade de melhorar a situação do recorrente. Exemplo disso é uma apelação cível para visar aumentar o valor de uma indenização: o desembargador tem a faculdade de aumentar tal valor ou não, mas não o de diminuir para não extrapolar a matéria devolvida a ele.

Mesma coisa acontece quando se recorre somente de um pedido, também se veda a apreciação do outro se não houver recurso adesivo¹¹¹ que provoque a manifestação sobre aquele. Por exemplo, quando

¹⁰⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de processo* n. 48, p. 23.

¹¹⁰ “Há *reformatio in pejus* quando o órgão ad quem, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra qual se interpôs o recurso.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 13.a ed., Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 434. v. V) “Não será violado esse princípio, evidentemente, se não houver desvantagem no plano prático para o recorrente, como, por exemplo, na hipótese de o tribunal modificar somente a fundamentação da decisão impugnada.” Cf. VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2000, p. 77. Embora o Superior Tribunal de Justiça fale em *reformatio in pejus* quando piorada a situação processual, o mesmo, quando julgou e feriu tal assunto, o fez quando houve efetivo prejuízo prático para o recorrente: “A proibição do “*reformatio in pejus*” tem como fundamento o princípio dispositivo de que o tribunal não pode piorar a situação processual do único recorrente, retirando-lhe a vantagem concedida pela sentença, sem pedido expresso da parte contrária. “In casu”, sem nenhum recurso interposto pela Autarquia Previdenciária, foi decretado o cancelamento da execução, que tinha por objeto a atualização do valor do precatório, com a inclusão dos índices governamentais fixados, até a data do efetivo pagamento.” (STJ, 5.a T., REsp 418629/SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 18.02.2003, DJU 17.03.2003, p. 265)

¹¹¹ “No julgamento do recurso, destarte, pode-se acolher ou não o pedido de reforma formulado pelo Recorrente, mas não se tolera que a pretexto de reexame da decisão impugnada se lhe possa impor um gravame maior do que o constante da decisão reexaminada, e que não

há duas indenizações por fatos distintos, se o recorrente ventila em recurso somente uma das indenizações que entendeu ser de valor baixo, vedado está o Tribunal em apreciar a correção da decisão na parte que apreciou a outra indenização.

Exceções existem. Na apelação cível, apesar dos artigos 515 e 516 submeterem somente o impugnado para a apreciação do Tribunal, pode o Tribunal adentrar em questão quando ainda não decidida (cf. art. 515, §1º do CPC), quando presente matéria de ordem pública conforme constante nos artigos 301, §4º e 267, §3º, ou ainda quando estiver presente uma das causas de prejudicialidade. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery¹¹² afirmam que “A possibilidade de o tribunal conhecer das questões discutidas e debatidas no processo, ainda que a sentença não as tenha apreciado por inteiro (art. 515, §1º, CPC), e também de todos os fundamentos da ação ou defesa (art. 515, §2º, CPC), configura, de qualquer forma, exceção ao princípio aqui analisado [dispositivo], porque caracteriza espécie de benefício comum. Esse caráter ‘bilateral’ do efeito devolutivo, entretanto, não autoriza o julgamento com reforma para pior relativamente ao recorrente, mas, ao contrário, encontra na ‘reformatio in pejus’ o verdadeiro limite para a incidência do efeito devolutivo”

A cognição sobre matéria de ordem pública pelo Tribunal, diversa daquela devolvida ao seu conhecimento trata-se de dever do desembargador, por ter ele a função de tutelar o processo sob o seus pilares básicos. O Código de Processo Civil permite amplamente a cognição de tais matérias como as condições da ação e pressupostos processuais, nulidades absolutas, e outras matérias presentes na legislação como a impenhorabilidade de bem de família.

A cognição das matérias de ordem pública não fere o princípio do *reformatio in pejus*, pois é parte do princípio inquisitório segundo Flávio Cheim Jorge, ou mesmo do efeito expansivo que será falado posteriormente. O

tenha sido objeto, também, de recurso do adversário do Recorrente.

Valer-se do recurso para agravar a situação do recorrente importa, em outros termos, decidir ‘extra’ ou ‘ultra petita’, atuar jurisdicionalmente de ofício, e violar a coisa julgada ou a preclusão, no tocante àquilo que se tornou definitivo para a parte que não recorreu” (THEODORO JUNIOR, Huberto. *Curso de Direito Processual*. Civil, vol. 1, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp 611-612).

¹¹² NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 369-370.

desembargador poderia receber o recurso antes exemplificado, que devolvia à sua apreciação uma das indenizações tendo a sentença arbitrado duas, negar provimento, mas com a ressalva de negar as duas indenizações por *ilegitimidade ad causam* de qualquer uma as partes, ou ainda quando o fundamento que nega aumento a uma das indenizações impedir a condenação da outra indenização.

Apesar de ser a apelação cível um recurso típico, ou seja, o recurso de onde se tiram as regras subsidiárias para outros recursos, tais regras não se aplicam a todos os recursos. Aplicar-se-iam, por exemplo, nos embargos infringentes, onde pode o relator negar o pedido do recorrente extinguindo a ação por ilegitimidade *ad causam*, mas o mesmo não ocorre no agravo de instrumento.

No agravo, não se está falando de decisão final, terá a questão ser apreciada na sentença ou ainda em apelação cível. Deste modo, não poderia o relator do agravo negar seguimento ao mesmo por ilegitimidade para a ação de primeiro grau. Trata-se de supressão de instância, por flagrante desrespeito ao princípio da *non reformatio in pejus* segundo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹¹³ e o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁴.

¹¹³ “Embora a legitimidade das partes seja matéria de ordem pública, apreciável a qualquer tempo e grau de jurisdição, a postergação da sua análise para quando da apreciação do mérito da ação não acarreta prejuízo quando a ela se confunde. Além do mais, o Tribunal encontra-se restrito à análise do acerto ou desacerto da decisão, sendo obstado discorrer sobre questões não deliberadas, já que importaria em supressão de instância”. (TJSC, 3ª Câmara Cív., AgIn n. 2006.022853-4, rel. Des. Fernando Carioni, j. 30.01.2007, g. n.).

¹¹⁴ “Ao Tribunal não é dado, de ofício, reconhecer a carência de ação e extinguir o processo sem o conhecimento do mérito, no recurso de agravo de instrumento manifestado pelos requerentes, visando a ampliar os efeitos da tutela antecipatória. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4.a T., REsp 363529/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.02.2005, DJU 28.03.2005, p. 259, g. n.) No mesmo sentido o TJDF: “Processo Civil. Agravo de Instrumento. Ação de Rito Ordinário. Preliminar de Prescrição Não Apreciada No Juízo *A Quo*. Antecipação de Tutela. Nomeação e Posse no cargo de Médico da Rede Pública de Saúde. Requisitos Preenchidos. 1. Ainda que referentes à matéria de ordem pública, não devem ser apreciadas, em sede de agravo de instrumento, as preliminares que sequer foram exame pelo juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância e afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição. 2. O deferimento da antecipação dos efeitos da antecipação dos efeitos da tutela requer a presença de prova inequívoca dos argumentos e fatos articulados pela parte, a indicar sua verossimilhança e evidenciando a plausibilidade do direito vindicado. 3. Inexistente qualquer exigência legal ou restrição no edital do certame, apto a vedar a investidura de residentes médicos no cargo de médico da rede pública de saúde, mostra-se irregular em sede de exame sumário da controvérsia, a negativa de posse ao candidato devidamente nomeado. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido”. (TJDF, 4.a T., AgIn n. 20060020016196AGI, rel. Des. Humberto Adjuto Uihôa, j. 10.05.2006, DJU 25.05.2006, p. 145)

1.5.4. Princípio da singularidade

O princípio da singularidade é uma restrição a uma cognição sobre a admissibilidade de mais de um recurso sobre uma situação jurídica, é um mandamento no Código de Processo Civil brasileiro que limita a somente um recurso para impugnar a decisão judicial. Para Arruda Alvim, o referido princípio recebe o nome de princípio da unirecorribilidade, e “significa que somente tem cabimento um recurso para cada decisão, o que se percebe com extrema nitidez no que concerne à passagem do 1º para o 2º grau de jurisdição.”¹¹⁵

A intenção do legislador foi de somente possibilitar um meio de recorrer de uma decisão judicial. Essa é a regra básica e mandamento sólido de nosso sistema recursal, para se evitar que se desloquem os autos pra lugares diferentes ou mesmo haja pronunciamentos dos órgãos superiores diversos sobre uma mesma decisão.

Em se tratando de uma das partes, a decisão judicial sempre poderá ser impugnada por somente um dito “recurso principal”, mas também por um meio de se esclarecer a decisão judicial, surgem os embargos de declaração. Ou seja, diante de uma sentença, sempre haverá a possibilidade de impugnar via apelação cível, mas também pelos embargos de declaração se houver uma das hipóteses do 535 do CPC.¹¹⁶ Poder-se-ia entender que nessa hipótese o recurso cabível são os embargos declaratórios, e não a sentença, pois a decisão precisa de esclarecimento. Com respeito aos que assim pensam, mas entende-se que a recorribilidade via embargos declaratórios é uma faculdade que pode ser desconsiderada, e não impede a recorribilidade via apelação cível, por exemplo. O princípio da singularidade, neste caso

¹¹⁵ ARRUDA ALVIM, José Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de processo* n. 48, p. 16.

¹¹⁶ “A possibilidade foi ventilada e rechaçada por Nelson Nery Junior e José Carlos Barbosa Moreira “De conseqüência, a possibilidade de interposição cumulativa de embargos de declaração e de outro recurso configuraria exceção ao princípio, enquanto, ao contrário, a possibilidade de interposição simultânea dos embargos infringentes, do recurso especial e do recurso extraordinário não quebraria o princípio da singularidade.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13.a ed., Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 109, vol. V. apud: NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100)

estaria respeitado, pois somente um recurso está sendo manejado e não impedindo a posterior interposição do outro, dito principal.

Quando se fala na possibilidade de recorrer pelos dois pólos de uma demanda, tal princípio não segue a mesma rigidez. Isso porque pode ocorrer perfeitamente uma situação jurídica que possibilite a admissibilidade de um recurso para uma das partes e não para outra. Isso ocorre justamente quando decidido um acórdão não unânime que reformou sentença. À parte que tinha a tutela concedida na sentença surge a possibilidade de apresentar embargos infringentes, já para outra, surge a via do recurso especial, que, se interpostos embargos infringentes pela parte sucumbente no acórdão, deve reforçá-los quando da intimação do acórdão para fugir da intempestividade.

Outra dúvida que poderia surgir quando se fala em princípio da singularidade é quando surgido dois pronunciamentos de naturezas diversas dentro de uma mesma decisão. Isso ocorre, e teve alguma polêmica quando concedida a antecipação dos efeitos da tutela na própria sentença. Neste caso, já se defendeu a recorribilidade via agravo de instrumento do provimento que antecipa a tutela e a apelação da sentença em si.

Pois bem, embora tecnicamente isso parecesse ser o possível, por ser em regra a decisão que antecipa os efeitos da tutela recorrível via agravo de instrumento, nesse caso, tal fato não ocorre. A um porque o agravo de instrumento é recurso que visa impugnar decisão interlocutória, e como viu-se, a decisão interlocutória é um pronunciamento ocorrente durante o processo e não no seu fim. A dois justamente porque, ao possibilitar a recorribilidade do capítulo de sentença que trata da antecipação dos efeitos da tutela via agravo de instrumento, ocorrerá justamente o que o princípio da singularidade dos recursos visa evitar, a contrariedade de decisões, ao ponto de somente complicar o caminho do jurisdicionado rumo à tutela jurisdicional adequada.

No caso ora apresentado, o que se possibilita é a apelação cível, com requerimento de recebimento no efeito suspensivo no capítulo que trata da tutela antecipada, e se negado o referido efeito, aí sim por agravo de instrumento. Nesse caso da decisão que recebeu o recurso de apelação no efeito diferente do pretendido pelo recorrente. O Tribunal de Justiça de São Paulo analisou adequadamente a questão. Preceituou que o que há é a cisão

dos efeitos¹¹⁷ em que a apelação cível é recebida, não propriamente uma tutela antecipada na sentença, aí sim propiciando primeiramente a apelação cível e num momento posterior, o agravo de instrumento.

Diante do exposto, o princípio da singularidade pressupõe sempre um recurso para cada pronunciamento, sendo esta a regra básica.

1.5.5 Princípio da Fungibilidade

A palavra fungível quer dizer algo que pode ser trocado, algo que não é único. Mais precisamente, “que se gasta, que se consome.”¹¹⁸ Normalmente coisas móveis, que por convenção das partes, podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade, como dinheiro, cereais ou vinho¹¹⁹. O Código Civil de 1916 preceituava em seu artigo 50 que são “fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”, redação esta mantida pelo artigo do atual diploma adjetivo. “A fungibilidade resulta da individuação, ou seja, da qualidade ou quantidade.”¹²⁰ “A fungibilidade é qualidade da própria coisa.”¹²¹ Um bem é fungível quando não seja um bem específico, que possibilite a sua substituição. Um bem infungível seria um quadro de um pintor famoso, e um fungível a foto do mesmo, por exemplo, facilmente substituível.

¹¹⁷ “É um contra-senso conceder a tutela antecipada na sentença, e impedir a sua efetivação em razão da interposição da apelação recebida no duplo efeito, como é o desejo do agravante.

O art. 520, inc. VII, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26/12/2001 está redigido nos seguintes termos: *A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.*

A interpretação do artigo 520, VII é a de que a apelação será recebida no efeito meramente devolutivo quanto ao capítulo da sentença referente à tutela antecipada, enquanto que ao aos demais capítulos, eles serão recebidos no duplo efeito.

Não há razão em conceder uma tutela antecipada e negar-lhe efetividade em razão do duplo efeito da apelação, como também não é certo afirmar que a tutela antecipada na sentença contamina o resto da sentença quanto aos efeitos a que a apelação deve ser recebida. Sendo possível a cisão de efeitos, efetiva-se a tutela antecipada e dá-se duplo efeito aos demais comandos.” (TJSP, 28.a Câmara de Direito Privado, AgIn 888.043-0/4, rel. Des. Neves Amorim, j. 22.04.06)

¹¹⁸ SILVA, Adalberto Prado e. *Novo dicionário brasileiro*. 4.a ed. São Paulo: Melhoramentos, 1968, p. 579. v. 2.

¹¹⁹ Idem. *Ibidem*.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14.a ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p.198. v. 1.

¹²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 7.a ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 294.

No processo civil, a fungibilidade não segue exatamente o mesmo significado, o de ser uma petição facilmente descartável que outro no lugar não faria diferença, embora, com certeza uma petição assinada por Rui Barbosa trata-se de bem infungível. No processo civil usa-se somente a possibilidade de substituição para dar o caráter de fungibilidade. Uma petição nominada como x, por não conter os requisitos de x, mas sim de y, como se esta fosse pode ser recebida. A fungibilidade nos recursos se aplica na possibilidade do relator receber uma petição de embargos de declaração como agravo interno por conter os requisitos do artigo 557 e não os presentes no art. 535¹²², por exemplo.

O princípio da fungibilidade tem sua origem no Código de Processo Civil de 1939, onde havia a “real” confusão entre o agravo de petição e a apelação cível. Daí o artigo 810 do referido diploma processual preceituar que quando não houvesse erro grosseiro entre os dois recursos, e inexistente a má-fé quando da interposição, poderia o relator de um recurso, recebê-lo como outro.

No atual Código de Processo Civil, Alfredo Buzaid entendeu ter concebido um sistema técnico e preciso quanto ao recurso a ser interposto, isso é facilmente detectável na própria exposição de motivos da mencionada legislação. Por isso, inexistente expressamente o princípio da fungibilidade em nosso diploma processual.

Hodiernamente, como já dito, não é um princípio expresso em nossos ordenamentos processual civil ou constitucional. É também fruto de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. O mencionado princípio que surgiu de uma necessidade de se tutelar situações onde surja a dúvida objetiva, não podendo isso impedir o relator de acolher a situação de direito material, esse fim maior do processo civil. Viu-se a necessidade de se adotar o antigo princípio estampado no código processual anterior, por própria ramificação de princípio contido no código de 1973, qual seja, o princípio da instrumentalidade das formas (cf. art. 250 do CPC). Ainda, uma própria seqüência de modificações legislativas, como a modificação do art. 557, ou

¹²² “Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, com fundamento nos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual.” (STJ, 1.a T., EDcl no Ag 667968 / SC, rel. Min. Denise Arruda, j. 11.10.05, DJU 14.11.2005, p. 197)

mesmo do art. 162, §1º, tornou-se inevitável a aplicação do mencionado princípio.

O princípio da fungibilidade, segundo Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, é uma exceção ao princípio da singularidade aqui trazido no tópico anterior (1.2.3, retro), é um abrandamento das regras, na medida que autoriza o recebimento de um recurso pelo outro, propiciando o conhecimento pelo cabimento de mais de um recurso para uma mesma situação¹²³.

O mencionado princípio tem especial tratamento no direito comparado. No direito português, segundo lições de Alberto dos Reis, o art. 687, terceira parte do diploma processual lusitano, praticamente reproduziu o texto do CPC (português) de 1939, que era mencionado no 205, parágrafos 1.o e 3.o do Decreto 21.287, de 26.5.1932, regulamentador do CPC de 1876. Dispõe o texto que “tento-se interposto apelação ou revista, se o juiz entender que o recurso competente é o do agravo ou vice-versa, não indeferirá o requerimento por esse motivo, e mandará seguir os termos do recurso que julgar competente.”¹²⁴ Hodiernamente em Portugal, o relator tem a obrigação de corrigir a qualificação dada ao recurso¹²⁵, existindo até preceito legal que obriga a oitiva da parte contrária antes de ser decidido pela modificação do recurso¹²⁶. No direito germânico, o princípio da fungibilidade recebe tratamento constitucional, sendo a sua aplicabilidade atrelada ao acesso à justiça previsto no artigo 19, IV da Constituição alemã. Entendem Othmar Jauerling, Otto Model e Klaus Muller que “a jurisprudência do tribunal constitucional tem sido clara ao afirmar que constitui violação ao art. 19, IV, da Constituição federal alemã (GG), prejudicar-se a parte nesses casos de dúvida sobre qual recurso a

¹²³ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 78.

¹²⁴ “No antigo direito português já existia, também, preceito semelhante ao do art. 810 do CPC/39, muito embora o CPC lusitano de 1876 não contivesse alusão à fungibilidade dos recursos, do art. 205, parágrafos 1.o e 3.o do Decreto 21.287, de 26.5.1932, simplificando o acesso à instância recursal, que introduziu muitas alterações no CPC então vigente, disciplinava que “tento-se interposto apelação ou revista, se o juiz entender que o recurso competente é o do agravo ou vice-versa, não indeferirá o requerimento por esse motivo, e mandará seguir os termos do recurso que julgar competente.” E esse princípio restou consagrado no texto do CPC português de 1939 (art. 688) e repetido no CPC vigente (art. 687, 3, parte final).” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 115)

¹²⁵ LEITÃO, Helder Martins. *Dos recursos em processo civil*. Porto: Almeida e Leitão, p. 67.

¹²⁶ Art. 702 do CPC português. Cf. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2.a ed., Lisboa: Almedina, 2004, p. 599

interpor.”¹²⁷ No Brasil, nosso Supremo Tribunal Federal entende que a matéria não é constitucional.¹²⁸

De acordo com o ensinamento do antigo código processual brasileiro, o princípio da fungibilidade deveria ser aplicado, ou seja, poder-se-ia receber um recurso x mesmo que a parte tivesse interposto o recurso y, quando não houvesse má-fé ou erro grosseiro.¹²⁹ “Entendia-se o que seria indicador de boa-fé, excluindo-se *ipso facto* a má-fé, o fato de o recorrente interpor o recurso errado, mas no prazo menor, a fim de demonstrar que não tivera a intenção de ampliar o prazo recursal com a interposição do recurso errôneo.”¹³⁰ Ou seja, além dos requisitos mencionados, exigia-se também que fosse o recurso interposto no prazo que o recurso pudesse ser recebido. A apelação cível, por exemplo, teria de ser interposta no prazo de dez dias para poder ser recebida como recurso de agravo de instrumento ou retido. O que, segundo o entendimento mais moderno exposto pelo professor Nelson Nery Junior, seria a própria negação ao princípio da fungibilidade¹³¹. A possibilidade de recebimento do recurso de apelação como agravo deve ser feito quando a parte entende ser a apelação cível como o recurso adequado e a interpõe. Ato contínuo o Tribunal entende não ser cabível a apelação cível e recebe o recurso como agravo de instrumento ou retido. A parte, apesar da inexistência

¹²⁷ Cf. JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*, 24.a ed., Munique, 1993. cit., par. 72, IX, p. 263. MODEL, Otto; MÜLLER, Klaus. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 9.a ed., Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1981, pp. 220 e sgs. *apud*: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 147.

¹²⁸ JSTF 155/211 e 151/128.

¹²⁹ Nesse sentido: “A aplicação do princípio da fungibilidade ocorre desde que haja dúvida objetiva sobre a espécie de recurso a ser interposto e não labore a parte em erro grosseiro ou má-fé.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3.a ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 273.

¹³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 117.

¹³¹ Questão do prazo: “o que, em última análise, significa negar a própria existência do princípio da fungibilidade.” (NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139) No mesmo sentido: “Esse entendimento de que o recurso errado deve ser interposto no prazo do recurso certo, tem prevalecido também no sistema vigente. Há quem entenda que devem ser observados, para autorizar a incidência do princípio da fungibilidade, os seguintes requisitos: a inexistência de erro grosseiro ou má-fé; e a interposição do recurso impróprio no prazo do recurso adequado.

O entendimento acima exposto, em verdade, significa negar aplicação da fungibilidade recursal. A posição doutrinária pela irrelevância do prazo para a incidência do princípio está de acordo com a sua principal consequência, pois, se é trocado o recurso, compreensível que se troque também o prazo para a sua interposição” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, pp. 83-84)

do erro grosseiro, deve interpor o recurso que entenda correto nos pressupostos deste. Cabe ao Tribunal, aplicar o princípio da fungibilidade, modificar os pressupostos de admissibilidade (inclusive o prazo para recebimento), intimar a parte para complemento de custas se necessário, ou ainda para formação do instrumento, e dar seguimento ao recurso que o Tribunal entenda como correto. Isso seria a correta aplicação do princípio da fungibilidade, não somente a troca da nomenclatura. Independentemente da existência de má-fé ou não, o que ficaria a cargo das penas do CPC, mas não o não conhecimento do recurso como pena para tal ato.

O erro grosseiro ocorreria quando, estiver expressamente previsto qual o recurso para tal ato, como por exemplo, na lei de assistência judiciária gratuita, onde está previsto expressamente o recurso para a negativa da concessão do benefício (art. 17 da lei n. 1.060/50), e a parte mesmo assim, apresenta o recurso errôneo. Está expresso no referido artigo que o recurso seria a apelação cível, sendo o erro grosseiro a interposição de outro recurso.

Por isso se chega à uma conclusão simples: o erro grosseiro inexistente quando presente a dúvida objetiva, ou seja, não haverá o erro grosseiro quando houver disposição obscura no código, como nos casos de rejeição de litisconsorte passivo, já que, como viu-se, o Código de Processo segundo o art. 162, par. 1.º nomeia tal pronunciamento como sentença, e o recurso cabível é o agravo por ainda não se ter dado fim ao processo como um todo. Também não há erro quando os Tribunais estão em discordância quanto ao recurso cabível, haja vista que o código nomeia o agravo interno como o recurso cabível da decisão que nega seguimento a recurso e o Superior Tribunal e Justiça o nomeia como agravo regimental; ou ainda quando o próprio juiz produz um ato judicial flagrantemente com conteúdo de um outro determinado ato judicial. Ou ainda, quando há a divergência na própria doutrina quanto ao recurso cabível, fato comum hoje em dia, conforme aponta Arruda Alvim¹³².

¹³² “Na verdade, muitas hipóteses deixam margem para dúvida objetiva; vale dizer, doutrinadores e magistrados debatem-se, em muitos aspectos, opinando aqueles de uma ou outra forma, e decidindo estes, a seu turno, e, também, diferentemente, a respeito de uma mesma hipótese.

Conseqüentemente, esta circunstância gera dúvida objetiva, e, por mais que a parte se esforce para acertar, correrá o risco de “errar”, segundo uma determinada corrente (diferente daquela em que se pautou o recorrente), que pode ser a seguida, pelo juízo e/ou órgão ad

Por isso, conforme o fundamentado, o erro grosseiro não estaria presente quando existente a dúvida objetiva, sendo a inexistência daquele a consequência desta¹³³. E, como também dito, ante a inexistência dos requisitos “não presença de má-fé” e “interposição do recurso errado no prazo do recurso a ser recebido”, torna-se a dúvida objetiva como o único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade, a obrigatoriedade do tribunal em receber um recurso pelo outro para, de forma alguma, prejudicar o jurisdicionado, quando presente a dúvida objetiva.

1.5.6 Princípio da Dialeticidade

Pelo princípio da dialeticidade, entende-se que o recurso deve ser dialético, no sentido de discursivo¹³⁴. Assim como o já ventilado no item 1.2, *retro*, a dialética jurídica de Hegel deve ser seguida, em regra, em todas as fases recursais. Sempre há que se analisar uma tese (razões recursais), sendo esta a petição que delimita o efeito devolutivo, sendo este o objeto de conhecimento do órgão *ad quem*, passando-se por uma antítese (contra-razões de recurso), onde o recorrido argumenta a falta de fundamentação ou pressupostos recursais do recorrente, até se chegar numa síntese (acórdão), sendo esta a resposta jurisdicional aos membros da relação jurídica processual em grau de recurso.

Tal princípio tem importância na medida que delimita o efeito devolutivo ao tribunal local¹³⁵, além de ser uma ramificação dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Vê-se que a razão do princípio não

quem, que irá, eventualmente, admitir ou não o seu recurso.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de processo* n. 48, p. 21)

¹³³ “Assim é que: a) existindo dúvida objetiva e b) inexistindo erro grosseiro, consequência da existência de dúvida objetiva, e/ou má-fé, a parte não será prejudicada pelo fato de que o recurso por ela eleito, ainda que, a juízo dos órgãos a quo e ad quem, não fosse o ortodoxamente correto.” (Idem. *Ibidem*) “No tocante ao erro grosseiro, algumas circunstâncias serviam para caracterizá-lo: disposição expressa de lei sobre qual o recurso cabível; e haver um entendimento doutrinário e jurisprudencial e pacífico quanto ao cabimento de determinado recurso. Em verdade estas circunstâncias servem exatamente para configurar a inexistência de dúvida objetiva.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 82)

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

¹³⁵ idem, p. 64.

está somente na delimitação da cognição do recurso no Tribunal, afinal esta é a função do princípio na no *reformatio in pejus*, mas está em tal delimitação para formar o objeto do contraditório, para que a parte recorrida saiba sobre quais fundamentos ou capítulos a decisão foi impugnada e rebater os argumentos expostos pela parte recorrente nesta medida.

O recorrente deve argumentar a motivação do recurso interposto, sob pena de inépcia. A regulamentação da obrigatoriedade da motivação recursal se encontra nos artigos 514, II e III, quanto à apelação; 524 e 525, relativo ao agravo de instrumento; 523, parágrafo terceiro quanto ao agravo retido; 536 no que tange os embargos de declaração; 540 quanto ao recurso ordinário; 541 quanto aos recursos especial e extraordinário. No caso de não precisão legal do modo como deve ser pedido o recurso, deve-se usar como fonte subsidiária às regras da apelação cível por ser este o recurso típico e norteador de todos os outros.”¹³⁶

Também sob o fundamento do princípio da dialeticidade é que a remessa necessária não encontra natureza jurídica de recurso. O art. 475 determina o envio dos autos julgados contra alguns dos entes dos entes da fazenda pública, quais sejam, União, Estados e Municípios, suas autarquias e fundações de direito público. Não é necessária a fundamentação inerente a todos os recursos, tampouco resposta do recorrido, justamente por este não ter contra o que fundamentar pois a sentença lhe foi favorável.

1.5.7 Princípio da Voluntariedade

O princípio da voluntariedade dos recursos é outro que impõe a remessa obrigatória com natureza distinta da natureza recursal. O princípio da voluntariedade exprime que o recurso deve conter dois elementos básicos: (a) a manifestação expressa da vontade de recorrer; e (b) a inexistência de fato impeditivo atinente à voluntariedade das partes. Esta manifestação expressa deve se traduzir pela constatação de inconformidade da parte sucumbente na sentença, ou seja, não pode alguém recorrer pela parte. “Em sede principiológica, o elemento volitivo é consagrado e representado pelo princípio

¹³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

da voluntariedade. Através dele se permite demonstrar, mais uma vez, a manifestação do princípio dispositivo na esfera recursal”¹³⁷ Isso se vê nos casos de incapacidade onde ao juiz é vedado o recurso. Já a inexistência de fato impeditivo atinente à voluntariedade se traduz na constatação de que a parte não apresentou desistência do recurso.

Como dito, tal princípio fulmina qualquer característica de recurso na remessa obrigatória justamente por nesta não constar qualquer manifestação de inconformidade¹³⁸. Essa corrente é seguida por Flávio Cheim Jorge ao afirmar que “a vontade do recorrente, inequivocadamente manifestada, se torna elemento essencial para a admissibilidade e existência do recurso. Por tal razão é que a remessa necessária (art. 475, caput, CPC) não pode ser considerada recurso. Trata-se de instituto marcado pela oficiosidade que prescinde por completo da vontade da parte. Encartando-se a sentença nas previsões do art. 475, os autos serão encaminhados ao tribunal para reexame da mesma, independentemente de qualquer manifestação da parte prejudicada.”¹³⁹ Mesma opinião tem Nelson Nery Junior ao afirmar que “não se pode conferir à remessa obrigatória o caráter de recurso, pois o juiz não manifesta ‘vontade de recorrer’ ao determinar a subida dos autos à superior instância para o reexame necessário (art. 475, CPC).”¹⁴⁰

1.5.8 Princípio da Irrecorribilidade em separado das interlocutórias

¹³⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 165.

¹³⁸ Conforme afirmado, Araken de Assis segue a corrente que afirma ter a remessa obrigatória a natureza jurídica de recurso. O processualista entende que a remessa obrigatória é uma exceção ao princípio da voluntariedade dos recursos. “Nenhum princípio é absoluto. Exceção à voluntariedade avulta no reexame necessário ou remessa oficial (art. 475). A localização do remédio na geografia do CPC de 1973 e a ausência no rol do art. 496 induzem a idéia contrária. Independentemente da *mens legislatoris*, o art. 475, *caput*, manteve a velha e incompreendida apelação *ex officio*. A *mens legis* originária evidenciava-se no revogado parágrafo único do art. 475, prevendo a remessa dos autos ao órgão *ad quem* “haja ou não apelação voluntária da parte vencida”. Fortalecia essa regra a menção à apelação oficial constante do art. 3.o da Lei n. 8.437, de 30.06.1992. A Lei 10.352, de 26.12.2001, eliminou o adjetivo relacionado à apelação interposta pela parte vencida, sem maiores repercussões, porém. Por tal razão, “se fez implícita a referência, uma vez que se adjetivou a ‘outra’ espécie de apelação (apelação voluntária)”. Não se cuide de alvitre isolado e, à guisa de fundamento para recurso, distingue-se a devolução (remessa) voluntária da obrigatória, conforme se dê por iniciativa do vencido ou impulso oficial, e, no último caso, o reexame necessário é a devolução do juízo ad quem do julgamento proferido em primeira instância.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, pp. 96-97).

¹³⁹ Idem. *ibidem*.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153.

O princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias tutela, ainda que remotamente, a efetividade processual, no sentido de agilidade. O mencionado princípio ensina que o processo não pode sofrer interrupções por causa dos incidentes provocados por suas decisões interlocutórias.

“Segundo esse princípio, a impugnação das decisões interlocutórias não paralisa o curso do processo.”¹⁴¹ Essa parece ser a tônica recente do nosso código de processo civil. Basta ver o novo artigo 522 da referida legislação. Buscou-se a mitigação do agravo de instrumento em detrimento da adoção do agravo retido como regra. Não bastasse haver a possibilidade de não concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, buscou-se reduzir ao máximo o seu cabimento, restando as possibilidades de cabimento a uma comprovação robusta de urgência.

Outro exemplo, embora não se concorde, é o art. 527, parágrafo único, que prevê a irrecorribilidade das decisões liminares em agravo de instrumento. O referido dispositivo legal, no tratamento das interlocutórias no agravo de instrumento, levou o ora ventilado princípio ao extremo. Onde somente se deveria pensar pela não paralisação da ação com o recurso de uma interlocutória, talhou-se a possibilidade de qualquer recurso sobre as liminares em agravo de instrumento.

1.5.9 Princípio da Complementaridade

O princípio da complementaridade compreende o modo de se interpor o recurso, desde que tempestivo, de uma só vez com todas as razões que o fundamentam. No processo penal é permitida a interposição bifásica de um recurso de apelação (arts. 578, *caput*, 588, *caput*, e 600 do CPP), permitindo ao condenado em sentença de primeiro grau, apresentar o recurso de apelação com a simples petição dirigida do juízo, e posteriormente apresentar as razões recursais ao órgão *ad quem*.

¹⁴¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p.76.

No processo civil, é vedada a interposição bifásica de um recurso. Uma vez apresentada a petição de interposição ou mesmo as razões recursais, não pode a parte interpor as razões recursais ou inovar o argumentado nas mesmas por incorrer em preclusão consumativa, justamente pela vedação contida pelo princípio da complementaridade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu regimento interno, art. 790, preceituava até 1994, que pode o recorrente apresentar a petição de interposição do recurso de apelação, e posteriormente as razões de recurso desde que dentro do prazo de quinze dias. Dispositivo regimental este inválido justamente pelo confronto com o princípio ora ventilado.

Uma possível exceção ao referido princípio, embora dela não se trate, ocorre no caso da apresentação de embargos de declaração pelo autor após a interposição de apelação cível pelo réu. Um exemplo apresentado por Nelson Nery Junior¹⁴² é muito bem ilustrativo ao caso: o autor pleiteia indenização por danos morais e lucros cessantes, o juiz concede a indenização e não manifesta quanto aos lucros cessantes. Ato contínuo, o réu recorre da sentença via recurso de apelação cível, e o autor apresenta embargos de declaração visando a manifestação do judiciário sobre seu outro pedido. No caso de o juiz conceder o segundo pedido, aí sim, depois de intimado, está aberta a oportunidade ao réu para, além de reafirmar a apelação antes interposta, rebater tais argumentos em petição informal, sem nova apresentação de recurso. No caso de rejeição dos embargos, mesmo assim, deve o réu apresentar petição informando sobre a apresentação anterior de recurso de apelação sob pena de intempestividade segundo o Superior Tribunal de Justiça¹⁴³.

¹⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 155.

¹⁴³ “Consoante pacífico entendimento desta Corte, a interposição tempestiva dos embargos de declaração, ainda que estes venham a ser rejeitados, interrompem o prazo para interposição de eventual recurso.

Destarte, é intempestivo o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração opostos ao v. acórdão recorrido, salvo se houver reiteração posterior.” (STJ, 1.a T., AgReg no Ag n. 884383/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 02.08.07, DJU 27.08.2007, p. 198).

“O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração é intempestivo, salvo reiteração posterior, porquanto o prazo para recorrer só começa a fluir após a publicação do acórdão integrativo.” (STJ, 5.a T., AgReg no Ag n. 789.041/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.04.2007, DJU 14.05.07, p. 409).

Esta é a incidência do princípio da complementaridade nos recursos cíveis.

1.5.10 Princípio da Consumação

O princípio da consumação está de forma imbricada com o princípio da complementaridade antes comentado, enquanto neste exige-se a exposição de todas as razões recursais no momento da interposição do recurso, naquele há a obrigação de o recurso ser apresentado por completo no ato de sua interposição, ou seja, com todos os requisitos das razões recursais. “É o fenômeno da preclusão consumativa, segundo a qual, realizado o ato, não será possível pretender tornar a praticá-lo, ou acrescenta-lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido.”¹⁴⁴

O princípio da consumação preceitua pela impossibilidade do recorrente apresentar novamente o mesmo recurso, buscando, por outro fundamento, dar motivos para o conhecimento e provimento do recurso. Pelo princípio da consumação, a petição de recurso deve ser protocolada de modo único, com todos os seus requisitos. Por óbvio, ante as disposições legais como a do parágrafo primeiro do artigo 525 do Código de Processo Civil, que preceitua pela interposição de agravo de instrumento juntamente com a comprovação do preparo. A questão do preparo trata-se eminentemente de exteriorização do princípio da consumação. A Lei n. 9.576/98 é clara ao estabelecer o preparo no momento da interposição do recurso.¹⁴⁵ Embora, é claro, como se verá em capítulo próprio, o preparo pode ser juntado no dia seguinte, caso tenha o recurso sido protocolado no último dia de prazo para tanto, e comprovado que já tenha se encerrado o expediente bancário. Trata-se de exceção ao princípio, embora mínima, justamente pela impossibilidade da parte ser prejudicada pelo horário bancário, diferente em cada cidade, que não coincide com o expediente forense, esse sim, base para utilização como

¹⁴⁴ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Preclusão (processo civil). In: Assis, Araken de. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 180. *apud*: ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, p. 100.

¹⁴⁵ Cf. ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 72. v. 2.

expediente para a interposição de recurso. Outra exceção ao princípio da consumação que cabe menção é a prevista no art. 42, §1º da Lei 9.009/95, que possibilita que nos juizados especiais cíveis, o preparo seja feito em até 48 horas após a protocolização do recurso.¹⁴⁶

1.5.11 Princípio das Decisões Juridicamente Relevantes

Princípio pouco ventilado, mas de importância elevadíssima para os recursos cíveis é o princípio das decisões juridicamente relevantes. Na doutrina, encontram-se poucas manifestações sobre o princípio. James Goldschmidt já defendia idéias semelhantes ao preceituar pela exigência de proteção processual às situações de direito material lesado¹⁴⁷. Em se tratando da ação em primeiro grau de jurisdição, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁴⁸ afirma que o referido princípio trata-se de opção *ope legis* para a recorribilidade, o que discorda-se, pois o princípio é justamente a obrigatoriedade do processo proteger as situação juridicamente relevantes. Arruda, Alvim, fere o assunto no âmbito recursal na forma mais adequada.

Os recursos têm um fim precípuo de pacificar entendimentos sobre situações jurídicas que surgem a todo momento, e, uma função de extrema importância é possibilitar uma revisão pelo órgão superior de uma situação jurídica de direito material lesado.

O princípio das decisões juridicamente relevantes é justamente a obrigatoriedade de estabelecimento de recurso para situação de direito material lesado surgido por decisão errônea prolatada.¹⁴⁹

O referido princípio não é aplicável, pelo menos em sua magnitude somente para o aplicador do direito, mas principalmente ao

¹⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 4.a ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 55.

¹⁴⁷ “El inconveniente de la concepción de Wach consistió solamente em haber sostenido el carácter procesal de la exigência de protección jurídica. Es um derecho ao menos material que el derecho protegido por ella, que fué lá antiga acción.” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del processo*. Barcelona: Labor, 1931, p. 30)

¹⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança. Liminar. Recorribilidade. In: *Revista de Processo* n. 78. São Paulo: RT, jan-mar de 1995, p. 254.

¹⁴⁹ “Esta segunda acepção diz respeito à escolha, feita pelo legislador, das decisões que, à luz do critério da conveniência, em face do dano suscetível de ser ocasionado, se errôneas, devem levar ao estabelecimento do recurso.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de processo* n. 48, p. 17)

legislador, que deve legislar de acordo com este princípio, ou seja, trata-se da função vinculante dos princípios jurídicos também neste caso. Arruda Alvim tece importantes considerações nesse sentido. Afirma o processualista paulista que “É o princípio, como os demais, que se coloca, nem sempre ao aplicador da lei, senão que, desde logo e necessariamente, para o próprio legislador, e consiste em lhe proporcionar, politicamente, critério discriminatório, tendo em vista o diversificado grau de possíveis prejuízos que possam ocasionar as diversas decisões dimensionadas à luz do erro e da lesão que, se errôneas, possam causar. Prevêem-se recursos, desta forma, para as decisões que possam causar prejuízos reputados de maior envergadura.”¹⁵⁰

Por essas opiniões, vê-se que o princípio das decisões juridicamente relevantes vincula o legislador a prever recursos para toda situação onde surja uma decisão errônea, e de forma mediata, lese direito material da recorrente. Não se está aqui defendendo a recorribilidade *ad eternum* das decisões judiciais, mas somente a obrigatoriedade de se propiciar um recurso para uma situação jurídica examinada pela primeira vez.

Não é somente o legislador que deve se ater a tal princípio processual, mas também os Tribunais, seja ao regram o recurso de agravo (já estabelecido pelo CPC em seu artigo 496) em seus regimentos internos, quando a decisão do relator puder causar dano à parte recorrente, seja na aplicação ao caso concreto, na admissão de um recurso quando esteja em jogo lesão a direito material provocado por decisão judicial errônea.

¹⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Jose Manuel. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de Processo* n. 48, p. 12.

CAPÍTULO 2 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

2.1 DOS PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

2.1.1 Do preparo

O primeiro dos pressupostos processuais extrínsecos é o preparo. Este consiste nas custas de cartório e porte de remessa e retorno que a lei exigir para cada recurso, é o pagamento prévio das custas relativas ao processamento do mesmo¹⁵¹. O recurso de agravo de instrumento, grande foco do presente estudo, possui regulamentação no parágrafo 1º do art. 525 do CPC, determinando que acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de remessa e retorno, quando devidos, conforme tabela que será publicada pelos tribunais. Outros recursos como os

¹⁵¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 125. v. 2. No mesmo sentido: “Consiste o preparo, como requisito de admissibilidade do recurso, no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento deste” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 7.ª ed. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 386); “Preparo é o “nomem juris” do custeio das despesas judiciais no procedimento recursal” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. Campinas: Ed. Millennium, 2000, p. 38).

embargos de declaração (art. 536, CPC) não necessitam de preparo. A inexistência de preparo implica na deserção do recurso, e por conseqüência, na sua não admissibilidade.

De forma genérica, o preparo é regulado pelo artigo 511 do CPC, onde se define que o preparo compreende as custas processuais e o porte de remessa e retorno¹⁵². Tal constatação, a princípio parece não ter conseqüência importante, mas resolve questões de ordem prática.

Quando constatada a insuficiência do preparo, e somente a insuficiência, não a inexistência, o relator poderá intimar o recorrente para o complemento dentro do prazo de cinco dias (art. 511, § 2º, CPC). Ou seja, se preparo fosse entendido como dois deveres de pagar separadamente (custas e porte de remessa e retorno), supondo-se que não fossem pagas estas e somente o porte de remessa e retorno, ou vice-versa, deserto estaria o recurso. Assim já entendeu o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.¹⁵³

Mas, o correto, segundo o melhor entendimento, é a opinião contrária. “O valor do preparo é o da soma, quando for o caso, da taxa judiciária e das despesas postais (porte de remessa e de retorno dos autos)”¹⁵⁴. O preparo, compreendendo custas e despesas postais, implica afirmar que cada um destes atos impostaria em porcentagem do preparo. Se cada um respondesse por metade das custas do preparo, a falta de um deles representaria um pagamento parcial, portanto a insuficiência, e assim possibilitando a complementação mediante a intimação. Esse é o melhor entendimento e o preceituado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁵ e o Tribunal Regional Federal da Região¹⁵⁶.

¹⁵² No mesmo sentido, estampa o art. 1.o, do Provimento n. 577/97 do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo: “Os Ofícios de Justiça no Primeiro Grau de Jurisdição, e a Secretaria do Tribunal, no ato da intimação da sentença, exceto quando publicado em audiência, ou da intimação do acórdão, farão constar o valor do preparo, abrangendo custas e despesas, inclusive o valor estimado do porte de retorno, quando exigido, para o caso de eventual interposição de recurso.”

¹⁵³ “Apelação Cível. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Não recolhimento do porte de remessa. Caso de falta de pagamento e não de insuficiência de preparo. Impossibilidade de complementação. Deserção reconhecida. Agravo retido provido para não conhecer da apelação. Prejudicado o reexame do recurso adesivo.” (Ex-TAPR, 4.a Câmara Cív., ApCív n. 165.014-4, rel. Juiz Fernando Wolff Bodziak, j. 12.12.01, DJPR n. 6054, 01.02.02)

¹⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 4.a ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 54.

¹⁵⁵ “Processo Civil. Preparo. Porte de retorno. Preparada a apelação, a falta de pagamento do porte de retorno se assimila à insuficiência de preparo, só autorizando o decreto de

Não bastassem os argumentos deduzidos, há que se verificar, ainda, o que se deve entender pela palavra “preparo”, em si mesma considerada.

O entendimento doutrinário é pacífico no sentido de que o preparo significa o pagamento das despesas relativas ao processamento, à remessa dos autos ao julgados do recurso, ao julgamento do recurso e ao retorno dos autos ao juízo de origem. O mestre Pontes de Miranda definia preparo como “uma taxa por todos os serviços prestados ao recorrente, que incluem do processamento ao julgamento do recurso e o retorno dos autos ao juízo de origem”¹⁵⁷ Assim, o preparo abrange todas as despesas relativas ao processamento do recurso.

Pois bem, o próprio artigo 511 do CPC estabelece que o preparo é requisito a ser apresentado no ato de interposição do recurso, o que se compreende num pagamento prévio ao protocolo do recurso¹⁵⁸. Aí surge a questão, e se as agências bancárias já estiverem fechadas quando do horário de protocolo do recurso?

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser deserto o recurso

deserção, se a parte, intimada para esse efeito, deixar de complementá-lo. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3.^a T., rel. Min. Ari Pargendler, REsp n. 285.250-RJ, j. 28.08.2001, *DJU* 01.10.2001) O preparo do recurso compreende tudo o que, a partir de previsão legal, precisa ser pago para que ele possa prosseguir, incluindo, portanto, não só o que se conhece como custas como também o chamado porte de remessa e de retorno. A insuficiência do valor recolhido a título de preparo, na acepção da palavra, não pode ser equiparado à sua falta, para o fim de se ter o recurso como deserto nos termos do artigo 511, CPC, impondo-se aplicação ao seu §2º, introduzido pela Lei 9.756/98. Recurso especial conhecido e provido, para que seja oportunizada no Tribunal de origem a complementação, ficando com isso relevada a pena de deserção.” (STJ, 4.^a Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, Resp 262678/MG, j. 14.04.2001, *DJU*. 11.06.2001, p. 230, in Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 145, p. 230; grifou-se)“Preparo. Porte de retorno. Falta insignificante. Efetuado o depósito de R\$ 180,00, correspondente ao preparo do recurso de apelação, a falta de R\$ 15,00, para o porte de retorno, é insuficiente para determinar a deserção do apelo, especialmente se já recolhido ainda em primeira instância. Recurso conhecido e provido.” (STJ, 4.^a Turma, REsp n.º 211.614-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.06.99, *DJU* 23.08.99)

¹⁵⁶ “Apelação. Porte de Remessa e Retorno. O recurso só é deserto pela falta de preparo. A insuficiência deste, pode e deve, em homenagem a função instrumental do processo, ser suprida. O recolhimento posterior do porte de remessa e retorno não determina a deserção do recurso.” (TRF-4.^a Região, 2.^a Turma, rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, AgIn n. 1999.04.01.098387-5/SC, j. 30.03.2001, *DJU*. 02.08.2001, acórdão autenticado em anexo; grifou-se).

¹⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VII. 3.^a ed. atualizado por Sérgio Bermudes. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 128.

¹⁵⁸ “Preparo consiste no pagamento prévio, que deve ser feito pelo recorrente, das custas relativas ao processamento do recurso” (NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais- Teoria Geral dos Recursos*. 5.^a ed. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 364)

neste caso¹⁵⁹, entendendo o tribunal pela literalidade do artigo 511, como sendo preparo obrigatório no ato de interposição do recurso, e um ônus do recorrente recolher o preparo do recurso em horário que as agências bancárias estivessem abertas.

Ocorre que o recorrente não pode ser penalizado por estar em posição para protocolizar seu recurso, por exemplo, às 15 horas, e os bancos já não estarem mais abertos. Ainda mais que em nosso país, que dependendo da cidade, os bancos funcionam em horários completamente diferentes. A lei processual define como prazo o horário de expediente forense e não o horário bancário, regulado pelo Banco Central. É com base naquele que deve basear-se o recorrente para saber o horário de seu protocolo.

Felizmente, esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça mudou¹⁶⁰, entendimento que é seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁶¹, bem como da mais abalizada doutrina sobre recursos em processo civil¹⁶².

¹⁵⁹ “Horário bancário. Quando o recurso é interposto no último dia do prazo, não caracteriza justa causa para a relevação da deserção a alegação de que o preparo não foi recolhido porque o recurso se deu depois do fechamento do expediente bancário.” (STJ, 4.a T., Ag 100375/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.09.96, *DJU* 13.05.96, p. 15.247. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 847)

¹⁶⁰ “Processo Civil. Agravo Regimental. Art. 511 do CPC. Preparo. Expediente bancário. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte quanto ao fato de ser considerado justa causa, para o não-cumprimento do disposto no art. 511 do CPC, o fechamento de agência bancária antes do término do expediente forense, prorrogando-se para o primeiro dia útil seguinte a comprovação do preparo. 2. Agravo regimental improvido” (STJ, 2.a T., AgREsp 327437/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 18.12.2001, *DJU* 08.04.2002, p. 191, grifou-se) “Processual Civil. Recurso. Preparo. Prazo. Expediente bancário. Se interposto o recurso no último dia do prazo forense, quando já encerrado o expediente bancário, não se decretará a deserção desde que demonstrado o recolhimento do preparo no primeiro dia útil subsequente. Recurso provido.” (STJ, 5.a T., REsp 304784/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 10.04.2001, *DJU* 28.05.2001, p. 208, grifou-se) “Processual Civil. Agravo Regimental. Recurso Especial. Interposição de recurso após o expediente bancário. Afastamento. Excessivo rigor formal. I - Não é plausível que se obste o prosseguimento de recurso nos casos em que ele é interposto no prazo legal, porém após o término do expediente bancário. Deve-se prorrogar o lapso temporal até o primeiro dia útil subsequente para que seja comprovado o preparo, afastando-se o exagerado rigor formal do dispositivo. Não ocorrência de afronta ao artigo 511 do CPC. II - Jurisprudência remansosa a respeito. III - Agravo regimental improvido.” (STJ, 1.a T., AgREsp 241460/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.03.2002, *DJU* 16.09.2002, p. 139, grifou-se)

¹⁶¹ “Agravo de Instrumento. Protocolo do recurso no final do expediente forense e após o término do bancário. Preparo no dia seguinte. Conhecimento.” (TJPR, 1.a Câm. Cív., Processo 118626100, rel. Conchita Toniollo, Ac. 21842, j. 06.08.2002, disponível em <http://www.tj.pr.gov.br>)

¹⁶² “Hoje, a maioria da jurisprudência entende que o prazo para pagamento do preparo deve ser prorrogado para o próximo dia útil subsequente, se o banco fechar antes do expediente

Sendo assim, o termo final para a efetivação do preparo é no último dia de prazo enquanto as agências bancárias estiverem abertas, e, se não, pode ser protocolado o recurso, e recolhido o preparo no dia seguinte. Por cautela, recomenda-se a juntada de uma certidão da Escrivania atestando o fato.

2.1.2 Tempestividade

Tempestividade é o lapso temporal que o recurso deve ser interposto. Tal prazo é definido por lei, varia de recurso para recurso. Nos agravos de instrumento e retido (art. 522, CPC), bem como no agravo contra despacho denegatório a seguimento de recurso excepcional (art. 544, CPC), o prazo é de dez dias; nos embargos declaração (art. 535, CPC) e no agravo interno (art. 557, §1º) o prazo será de cinco dias; e na apelação cível, embargos infringentes e recursos excepcionais, o prazo será de 15 (quinze) dias (art. 508, CPC).

O prazo, normalmente, tem início no dia útil forense seguinte à intimação via imprensa oficial ou em cartório, e em alguns casos como no agravo retido de decisão proferida em audiência de conciliação, se inicia no dia seguinte à própria audiência. E término, também no dia útil seguinte à expiração do prazo.

O Código de Processo Civil estabelece outras pequenas regras, como a do art. 179, que estabelece que o prazo será suspenso durante as férias forenses, ou seja, se a intimação se realizar antes das férias, e durante essa o prazo se encerrar, fica postergado para o primeiro dia útil seguinte o dia fatal.

A Fazenda Pública, aqui englobando-se os entes presentes no art. 109, I da CF/88, e o Ministério Público tem o prazo em dobro para recorrer (art. 188, CPC); e quando houverem litisconsortes sucumbentes com procuradores diferentes no mesmo pólo da relação jurídica processual, também gozam do prazo dobrado.

forense.” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 129. v. 2.)

Em caso de um dos entes do art. 109, I da CF, estarem em litisconsorte com outro ente, não incide na cumulatividade de benefícios. O máximo que o CPC permite para a dilação temporal no que tange a recursos, é a duplicidade. Não poderia um dos entes da Fazenda Pública gozar de um prazo em quádruplo para recorrer sob pena de se atrasar em muito a prestação jurisdicional. Tal entendimento já foi emanado pelos Tribunais Regionais Federais da Primeira¹⁶³ e Terceira¹⁶⁴ Regiões, Tribunal de Justiça de Goiás¹⁶⁵, Tribunal de Justiça do Paraná¹⁶⁶ e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶⁷.

Com relação ao artigo 191, na dilação temporal para recorrer em dobro do caso de litisconsortes com procuradores diferentes, questão interessante quando um dos recorrentes é revel e foi concedida uma liminar *inaudita altera parte*. Poder-se-ia pensar que como um dos réus é revel, nem se completou a relação processual naquela lide, bem como não há a possibilidade de se saber se o litisconsorte terá procurador diferente ou não. Assim, abrir-se-ia espaço para a conclusão de que não se aplicaria a duplicidade do art. 191 para o caso de um dos litisconsortes ser revel, quando da interposição do agravo de instrumento.

¹⁶³ “Processo Civil. Prazo em Dobro. Opoente. Fazenda Pública. Litisconsorte. Arts. 188 e 191, do CPC. Aplicação não cumulativa

1. O opoente não é litisconsorte, não tendo por esta razão prazo para recorrer.

2. O prazo em dobro para a Fazenda Pública recorrer não dobra se a Fazenda e litisconsorte de outro litigante. Os arts. 188 e 191 não se aplicam cumulativamente. Os benefícios devem ser interpretados restritivamente.” (TRF-1.a Região, 3.a T., AgIn n. 9201179065, rel. Juiz Tourinho Neto, j. 19.08.92, DJU 27.08.92, p. 25878)

¹⁶⁴ “Processo Civil. Agravo de Instrumento. Autarquia. Prazo para Recurso. Artigos 188 e 191 do CPC. Consoante iterativa jurisprudência, o benefício do art. 188 do CPC não se aplica cumulativamente com o do artigo 191 do mesmo diploma legal.”(TRF3, 1.a T., AgIn n. 90030023336, j. 26.06.90, DJU 13.08.90, p. 95)

¹⁶⁵ “Apelação. Falência. Imtempetividade. Não se conhece de recurso interposto extemporaneamente. A hipótese de ser litisconsorte de outro litigante, a Fazenda Pública ou MP não tem prazo em quádruplo para recorrer (art. 188 e 191, cumulados), mas apenas o dobro (ou 188, ou 191; não os dois, cumulativamente). Apelo não conhecido.” (TJGO, 3.a Câmara. Cív., ApCív n. 75541-5/192, rel. Des. Felipe Batista Cordeiro, j. 01.06.04, DJGO n. 14298, 25.06.04)

¹⁶⁶ “Ação de Indenização. Contagem de prazo para resposta da Fazenda Pública. Litisconsórcio. Impossibilidade de cumulação dos prazos previstos nos arts. 188 e 191, do CPC.” (Ex-TAPR, 11.a Câmara. Cív., AgIn n. 0162063-5, rel. Des. Eugenio Achille Grandinetti, j. 14.12.2000, DJPR n. 5811)

¹⁶⁷ “Prazo em dobro. Gozando a Fazenda Pública de prazo privilegiado par recorrer, em razão de sua própria e peculiaríssima condição, não cabe operar-se uma segunda duplicação com fundamento no litisconsórcio e na de procuradores. As disposições dos artigos 188 e 191 do CPC não se aplicam cumulativamente. Assim, o prazo para agravar a fazenda pública é sempre de dez dias. Agravo que não se conhece (4 FLS. D.) (TJRS, 3.a Câmara. Cív., AgIn n. 583051677, rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 16.02.1984, disponível em www.tj.rs.gov.br)

No entanto, com pondera a Prof^a Teresa Arruda Alvim Wambier, é “equivocada solução no sentido de que, citado um dos litisconsortes, em ação contra vários réus, não possa, este litisconsorte citado, desde já aproveitar o prazo em dobro do art. 191. Pensamos que este prazo em dobro possa ser aproveitado também para o agravo a ser interposto de liminar eventualmente concedida *inaudita altera parte*.

Não parece que o réu que pretende desde logo contestar e recorrer fique na dependência do que venha a ocorrer com os outros litisconsortes para saber se pode usar o prazo em dobro. Se forem todos os outros réus revéis e se nenhum deles recorrer, presume-se que tenham advogados diferentes dos do réu, que pretende contestar e recorrer. Assim, mesmo nesta hipótese pode o réu contestar e recorrer em prazo em dobro.”¹⁶⁸ Da mesma forma entende o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁹, aplicando-se a regra da contestação.

¹⁶⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 277.

¹⁶⁹ “Prazo em Dobro. Contestação. Litisconsórcio Passivo. Defesa Apresentada por Um dos Réus, Com a Utilização do prazo em Dobro. Litisconsorte Revel. Admissibilidade. - É permitida a utilização da regra benévola do art. 191 do CPC desde logo, pois nem sempre é possível saber se a outra parte irá ou não apresentar defesa. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4.a T., REsp n. 453826/MT, rel. Min. Barros Monteiro, j. 18.02.03, DJU 14.04.2003, p. 230, RNDJ vol. 42, p. 125)

“Processual Civil. Litisconsortes com Procuradores Diversos. Existência de Substabelecimento sem Reservas. Benefício do Prazo em Dobro para Contestar. Inteligência do art. 191 do CPC.

1. A constituição de mandatário judicial diverso, por um dos litisconsortes, ainda que por intermédio de um substabelecimento sem reserva, basta, por si só, para legitimar a invocação da norma inscrita no artigo 191 do Código de Processo Civil, que veicula o benefício excepcional da dilatação dos prazos processuais. Isto porque, consoante a melhor doutrina, o substabelecimento sem reservas caracteriza renúncia à representação judicial. (Pontes de Miranda, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Clóvis Bevilacqua) 2. É cediço no E.S.T.J. que o direito ao prazo em dobro, previsto no art. 191 do CPC, não está sujeito à prévia declaração dos litisconsortes passivos de que terão mais de um advogado e nem ao fato de os advogados pertencerem à mesma banca de advocacia, sendo assegurado à parte a apresentação da peça, ainda que posteriormente ao término da contagem do prazo simples.

3. “Em interpretação integrativa, é de aplicar-se a regra benévola do art. 191, CPC, mesmo quando apenas um dos co-réus contesta o feito, e no prazo duplo.” (REsp 277.155/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 11.12.2000)

4. A jurisprudência do STJ assenta o entendimento de que havendo litisconsórcio passivo, com diferentes procuradores, o prazo para contestação é contado em dobro, de sorte que não se apresenta possível proclamar revelia antes de expirados trinta dias da efetiva citação do último réu.

5. Recurso especial provido, para reformar o acórdão recorrido, dando provimento ao agravo de instrumento e determinando o recebimento da contestação e o conseqüente prosseguimento regular à instrução processual.” (STJ, 1.a T., REsp n. 713367/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 07.06.05, DJU 27.06.2005, p. 273)

Como já dito no tópico anterior, as normas estaduais podem interferir no modo de protocolização de um recurso (art. 525, §2º), e por consequência, no prazo. Como é cediço, alguns estados da Federação como Goiás, São Paulo e Paraná são adeptos do chamado protocolo integrado¹⁷⁰, o que consiste na interposição do recurso, mesmo que em comarca do interior, no cartório distribuidor, até o último dia do prazo recursal, não sendo necessária a chegada do recurso no Tribunal estadual dentro do prazo recursal. Isso evita que o recorrente se desloque até a capital do estado.

Mas é importante advertir que a utilização do protocolo integrado restringe-se aos recursos destinados aos tribunais estaduais, não sendo tal regra aplicada aos recursos especial e extraordinário, já que estes, apesar de serem interpostos nos tribunais estaduais, são destinados aos tribunais superiores, onde não há regra de protocolo em local diverso do expresso em lei federal. O Supremo Tribunal Federal já negou seguimento a recurso extraordinário por este ter sido interposto perante o protocolo integrado em cidade do interior do estado.¹⁷¹

Outra questão peculiar atinente aos prazos recursais, em especial no estado do Paraná, está inserida no acórdão 5540 do Tribunal daquele estado, que entende que o prazo do recurso (também somente o dirigido ao Tribunal estadual) possui uma carência de três dias úteis para seu início se o procurador do recorrente tiver escritório profissional no interior do estado.¹⁷² Tal regra se justifica no fato de que a imprensa oficial nem sempre

¹⁷⁰ “Considera-se interposto o recurso quando a petição for protocolada em cartório, ou segundo as normas de organização judiciária de cada Estado federado (art. 525, par. 2.o), que pode, por exemplo, criar o protocolo integrado, como ocorreu nos estados de São Paulo e do Paraná. A expressão “lei local” deve ser entendida em sentido amplo, para abranger não só as leis emanadas do órgão legislativo estadual competente, mas também os provimentos oriundos dos tribunais locais.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 273)

¹⁷¹ “A Turma remeteu ao Plenário julgamento de dois agravos regimentais em agravos de instrumento em que se discute a aplicabilidade ou não do sistema de protocolo integrado na instância extraordinária. Trata-se, na espécie, de decisão monocrática do Min. Carlos Britto, relator, que, ao fundamento de que o sistema do protocolo integrado não se estende à instância extraordinária, negara provimento a agravo de instrumento por considerar intempestivo recurso extraordinário, porquanto este deveria ter sido protocolizado perante a secretaria do tribunal *a quo*.” (STF, AI 476260/SP e AI 507874/SP, rel. Min. Carlos Britto, 7.6.2005.)

¹⁷² “Com efeito, a decisão recorrida foi publicada no Diário da Justiça do dia 17/03/2005, conforme certidão acostada às fls. 141. Aplicando-se a regra prevista no Código de Normas da douta Corregedoria Geral de Justiça item 2.9.8.1 e o que prescreve o v. Acórdão n.º 5540, do Conselho da Magistratura, vez que se trata de Comarca do interior do Estado, exclui-se o

chega às mãos do procurador do recorrente no mesmo dia da publicação, sendo que três dias úteis seria um prazo razoável para que se tenha certeza que do ato ao qual se recorre aquele foi informado.

Tal regra tem tamanha aplicação que a jurisprudência do estado do Paraná é dominante no sentido de que a retirada dos autos de cartório não diminui a carência de três dias para se iniciar o prazo recursal, mesmo isso sendo a plena ciência do procurador da parte da decisão recorrida.¹⁷³

A regra da carência de três dias úteis para se interpor recurso quando o procurador da parte tiver escritório profissional no interior, ante o fato de a imprensa oficial só chegar a tal destino, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴, com o fundamento de que os tribunais estaduais

primeiro dia, ou seja, o dia da publicação na imprensa oficial, seguindo o prazo de carência de 03 dias úteis e, após, inicia-se o prazo recursal (artigo 184 do Código de Processo Civil). Assim, obedecendo-se a norma estabelecida no art. 184 do Estatuto Processual Civil, tem-se que o prazo recursal iniciou-se em data de 23.03.2005, expirando-se em data de 06.04.2005, dia útil.”(TJPR, 6.a Câmara Cív., ApCív 182365-0, rel. Des. Abrham Lincoln Calixto, j. 26.10.2005, disponível em www.tj.pr.gov.br)

¹⁷³ “Muito embora os autos tenham sido retirados mediante carga após a publicação no Diário da Justiça do despacho que devolveu o prazo para apresentação de contestação, mas antes de decorrido o prazo de três dias, findo o qual iniciar-se-ia propriamente o prazo processual, a peça apresentada no prazo de quinze dias, iniciado após o trintídio, é tempestiva.” (ex-TAPR, 1.a Câmara Cív., AgIn n. 0217788-4, rel. Juiz Salvatore Astuti, j. 12.08.03, *DJPR* n. 6449) “A carga dos autos, realizada após a intimação da sentença, efetivada através de publicação pelo Diário da Justiça, não afasta o benefício dos três dias úteis de carência, estabelecido pelo acórdão nº 5.540 do Conselho da Magistratura; o prazo de recurso teria termo inicial após a fluência dos três dias de carência, o que indica a tempestividade da apelação ofertada pelos agravantes. A orientação jurisprudencial no sentido de que começa correr o prazo a partir da ciência inequívoca que o advogado tenha da decisão, só se aplica quando não tenha havido intimação regular, ou esta se faça posteriormente a tal ciência. Assim, no Estado do Paraná, em face do Acórdão nº 5.540 do Conselho da Magistratura que, ao disciplinar as intimações cíveis pelo órgão oficial nas comarcas do interior, determina que o prazo só se inicie após três dias úteis da publicação, a circunstância do advogado retirar os autos do cartório no curso desses dias de carência, não tem o condão de antecipar o ‘dies a quo’ do prazo por aplicação da referida orientação pretoriana. A carga dos autos, nesse caso, ocorrera em atendimento à regular intimação já efetuada.” (Ex-TAPR, 3.a Câmara Cív., AgIn n. 0159067-8, rel. Juiz Ivan Bortoleto, j. 15.05.01, *DJPR* n. 5891) No mesmo sentido: Ex-TAPR, ApCív n. 0088535-4, rel. Juiz Leonardo Lustosa, j. 24.06.1996, disponível em www.tj.pr.gov.br. Em sentido contrário: “Embargos de declaração. Omissão inexistente no aresto embargado. Embargos rejeitados. A carência de três dias da contagem de prazo para a interposição de recurso nas comarcas do interior do estado não é aplicada quando o procurador do recorrente toma ciência da decisão recorrida nos próprios autos.” (Ex-TAPR, 1.a Câmara Cív., EmbDecl n. 109275501, rel. Juiz Jorge Waghig Massad, j. 08.04.03, disponível em www.tj.pr.gov.br)

¹⁷⁴ “Processo Civil. Prazos Recursos. Norma infralegal, vigente no Estado do Paraná, a cujo teor, nas comarcas do interior, o início do prazo recursal só inicia após período de carência de três dias. Divergência entre julgados do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada, acerca da antecipação, ou não, daquele termo inicial, quando o advogado retira os autos do cartório após a intimação na imprensa oficial mas antes do decurso do período de carência. Questão de direito local, insuscetível de exame em recurso especial. Recurso especial não

poderiam alterar as regras procedimentais dos recursos, já que não há mudança no prazo, mas somente uma cautela para que o advogado do interior não seja prejudicado em razão da demora da imprensa oficial.

2.1.3 Regularidade formal

O pressuposto extrínseco da regularidade formal, guardadas as devidas proporções, se assemelha à regularidade formal de uma petição inicial numa ação em primeiro grau de jurisdição conforme o art. 282 do CPC. No que tange aos recursos, a regularidade formal vem estampada em artigos do Código de Processo Civil como o 514 (que trata da apelação cível), 525 (agravo de instrumento), 536 (embargos de declaração), 541 (recursos excepcionais), dentre outros.

Araken de Assis¹⁷⁵ traz quais são os requisitos da regularidade formal nos recursos, quais sejam: petição escrita, identificação das partes, motivação e pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

A petição escrita trata-se do endereçamento e regularidade do recurso, deve conter os requisitos corretos, tais como as razões recursais e a assinatura por advogado. Por óbvio, não é todo recurso que obedece esse requisito, como, por exemplo, o agravo retido contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento (art. 523, par. 3.o, CPC).

A petição escrita obedece a peculiaridade de cada recurso, seja uma simples petição como nos embargos de declaração, bem como uma petição dirigida ao juízo *a quo*, e outra (razões recursais) dirigida ao juízo *ad quem* como na apelação cível, ou até mesmo uma petição posterior informando o recurso para o juízo *a quo*, como no caso do agravo de instrumento (art. 526, CPC).

A identificação das partes, normalmente é requisito mitigado no que tange a recurso, desde a contestação já não é mais necessário qualificar as partes, mas somente mencionar os recorrentes ante a qualificação já existente. No entanto, existe uma situação onde é obrigatório não somente a

conhecido.” (STJ, 2.a T., Resp n. 188428/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.12.1998, DJU 22.12.99, p. 96)

¹⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 193.

qualificação, mas até a indicação dos advogados e endereço dos advogados do recorrente, como no caso de agravo de instrumento quando estes já tiverem procuração nos autos. (art. 524, III, CPC).

No que tange à motivação do recurso, esta consiste numa breve resumo fático, a demonstração do erro da decisão recorrida, e a fundamentação jurídica que fundamenta a reforma ou a anulação da decisão recorrida.

Por fim, o pedido de reforma ou invalidação consiste em exteriorizar a vontade do recorrente, seja em requerimentos urgentes (art. 588 e 527, III do CPC) que dependerão do caso em tela, bem como do objetivo constante do mérito recursal, o que se visa com o provimento do recurso. O provimento pode gerar a reforma da decisão recorrida se houver *error in iudicando* ou mesmo a invalidação da mesma se houver *error in procedendo*, o que fará os autos a serem remetidos ao juízo *a quo*, que proferirá nova decisão.

2.2 DOS PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Os pressupostos extrínsecos são condições de admissibilidade dos recursos que já necessitam de uma avaliação da tutela recursal posta à prova, *mutatis mutantis* se assemelhariam às condições de admissibilidade da ação, enquanto os pressupostos extrínsecos se assemelhariam aos pressupostos processuais.

2.2.1 Do cabimento

O cabimento do recurso é o pressuposto onde se verifica a recorribilidade da decisão e o recurso a ser manejado. Se busca a recorribilidade da decisão e a adequação do recurso indicado pela lei para impugnar determinado pronunciamento judicial.¹⁷⁶

O Código de Processo Civil define quais são os pronunciamentos judiciais sujeitos a recurso em seu artigo 162, e tratado no

¹⁷⁶ Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 80.

presente trabalho no item 1.4, *retro*. O referido dispositivo legal define que as sentenças são as decisões que decidam com base nos arts. 267 e 269 do CPC (art. 162, §1º, CPC), e segundo a melhor doutrina¹⁷⁷, desde que ponha fim ao processo. As decisões interlocutórias são os pronunciamentos judiciais que decidam questões incidentais no processo (art. 162, §2º, CPC), e os despachos são pronunciamentos sem conteúdo decisório, embora possa gerar recorribilidade, se houver prejuízo à parte ou ao processo, assim mitigando o art. 504 do CPC.

O Diploma Processual preceitua que caberá apelação cível das sentenças (art. 513, CPC), agravo de instrumento das decisões interlocutórias que possam causar dano à parte, bem como nos casos de inadmissão da apelação ou sobre os efeitos que esta é recebida, e agravo retido das demais decisões interlocutórias (art. 522, CPC). O CPC ainda preceitua que caberá embargos infringentes do acórdão não unânime que reformar sentença ou julgar procedente ação rescisória (art. 530, CPC), que caberá embargos de declaração das decisões contraditórias, omissas ou obscuras. Ainda, dispõe que caberá recurso ordinário dos acórdãos de mandado de segurança (art. 539, CPC) e remete à Constituição ao ferir o assunto do cabimento dos recursos excepcionais (art. 541, CPC).¹⁷⁸

É essa relação entre o pronunciamento judicial e o recurso previsto na lei que se encontra o requisito do cabimento, sempre com o cabimento de somente um recurso para cada pronunciamento judicial em homenagem ao princípio da singularidade (cf. item 1.5.4, *retro*).

No caso de não haver relação entre o recurso previsto em lei e as características do pronunciamento judicial a se recorrer, e for impossibilitada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, ao recurso será negado seguimento por falta de pressuposto recursal de cabimento.

2.2.2 Legitimidade para recorrer

¹⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 851.

¹⁷⁸ Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 81.

O segundo pressuposto intrínseco dos recursos é a legitimidade para recorrer. É a permissão a quem pode recorrer de uma decisão judicial. Logicamente tal ônus cabe, primeiramente, às *partes* aqui entendidas como as litisconsortes até a sentença, pois estas são as participantes da relação jurídico-processual. Ou seja, pode o assistente qualificado (art. 54, CPC) recorrer como parte principal, pois é considerado litisconsorte do assistido, porém não o pode o assistente simples se o assistido assim não permitir.

Em obstante, o artigo 499 elenca outros legitimados a recorrer de um pronunciamento judicial, são eles o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

O terceiro prejudicado é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, isto é, aquele que poderia ter ingressado como assistente simples ou litisconsorcial conforme preceitua os artigos 50 e 54 do Código de Processo Civil, é uma intervenção de terceiros na fase recursal, não há uma nova ação apresentada em segundo grau de jurisdição¹⁷⁹. O terceiro prejudicado está legitimado a propor qualquer recurso, até mesmo embargos de declaração¹⁸⁰, desde que preencha todos os outros requisitos de admissibilidade dos recursos.

O Ministério Público tem legitimidade ampla para recorrer, seja nos processos onde poderia ter sido tecnicamente parte, quando atuaria como fiscal da lei (art. 499, par. 2.o, CPC), quando diante de processo falimentar, nos de jurisdição voluntária, nas ações de estado e acidentárias¹⁸¹.

Os auxiliares do juízo como o escrivão, o perito judicial, o depositário, dentre outros, não possuem legitimidade para interpor recurso em processo onde não tenham sido parte. Caso haja o prejuízo a estes, o direito material será discutido em ação autônoma, não na relação jurídica-processual onde tenha surgido o prejuízo.

De acordo com tais argumentos, poder-se-ia concluir que o advogado também não tem legitimidade para recorrer em nome próprio de uma

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 262.

¹⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 826. Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Recurso de terceiro*. São Paulo: RT, 2002.

¹⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 827.

sentença proferida num processo onde não tenha sido parte, pois somente é procurador da parte.¹⁸² No entanto, situação peculiar aparece quando fixados honorários advocatícios na sentença, a recorribilidade seria somente sobre os mesmos, se neste caso, poderia o advogado recorrer em nome próprio.

Os artigos 23 e 24 da Lei n. 8.906/94 estabelecem que os honorários arbitrados a título de sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, sendo este também o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁸³. Ou seja, o direito material ali discutido, se a tutela recursal versar somente sobre honorários advocatícios, estará discutindo direito material exclusivamente do advogado, e não direito de outrem que lhe possa causar dano como no caso dos auxiliares da justiça.

Por isso, tem o advogado o direito de recorrer da sentença que fixa honorários de sucumbência aquém do preceituado pela lei, e, desta forma, certos estão Flávio Cheim Jorge¹⁸⁴ e Sérgio Shimura¹⁸⁵ ao afirmarem que tem o advogado a legitimidade de recorrer da sentença como terceiro prejudicado, quando a tutela recursal versar unicamente sobre honorários advocatícios. O Superior Tribunal de Justiça também decide rotineiramente no sentido de conferir ao advogado a legitimidade para recorrer da sentença que fixa honorários¹⁸⁶.

¹⁸² “O mesmo se pode dizer do advogado, que é representante judicial da parte nos autos. O Código não o legitima a recorrer em nome próprio.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 264)

¹⁸³ “A atual jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que permanecem aplicáveis as normas do CPC, relacionadas à compensação da verba honorária no caso de sucumbência recíproca, mesmo em face do art. 23 da Lei 8.906/94, pelo qual constituem direito autônomo do advogado da causa os honorários advocatícios respectivos.” (STJ, 2.a T., Resp n. 747798/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 10.10.06, DJU 26.10.06, p. 280)

¹⁸⁴ “Concluimos que é possível relacionar a figura do advogado com a do terceiro prejudicado. Aquele que, por força do direito material (Lei n. 8.906/94), possui relação jurídica com a parte contrária, ex-adversa de seu cliente, tendo a sentença o condão de atingí-lo.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 99)

¹⁸⁵ Cf. SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 178.

¹⁸⁶ “O Superior Tribunal de Justiça possui vastidão de precedentes no sentido de que: - “É certo que o art. 23 da Lei nº 8.906/94, que cuida do 'Estatuto da Advocacia', confere ao advogado o direito autônomo para executar a sentença na parte referente aos honorários de sucumbência. Isso não quer dizer, todavia, que fica excluída a legitimidade da própria parte para executar os honorários do seu patrono, mormente não havendo entre eles qualquer conflito” (EREsp nº 134778/MG, 2ª Seção, DJ de 28/04/2003) - “Conforme entendimento pacífico desta Corte, tanto a parte como o advogado têm legitimidade para recorrer da decisão, no que diz respeito à verba honorária” (AgRg no REsp nº 432222/ES, 3ª Turma, DJ de 25/04/2005). - “O advogado, na condição de terceiro interessado, tem legitimidade para recorrer de parte da sentença onde fixados os honorários” (Resp nº 724867/MA, 4ª Turma,

2.2.3 Interesse em recorrer

O requisito de admissibilidade intrínseco do interesse em recorrer estará presente, quando o recorrente visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário.¹⁸⁷ O interesse em recorrer resulta da utilidade e da necessidade de se apresentar o recurso.

A utilidade do recurso nasce quando a possibilidade de êxito do recorrente possa lhe resultar situação mais favorável.

Essa situação mais favorável pode nascer de duas maneiras. Primeiramente quando há a sucumbência formal. Essa não compreendida como uma frustração de um requerimento sob pena de não exaurimento de um conceito, mas quando há uma decisão em detrimento de uma das partes, já que o pronunciamento pode ser de ofício.

Situação interessante há quando se analisa a possibilidade do réu recorrer de sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. A rigor, o réu inclusive deve ter alegado a carência da ação, e além do mais, teve uma sentença a seu favor. Desta forma logo se pacificaria um entendimento de que não existiria em recorrer.

Mas pensando no ponto em que o réu tem certeza de que não lesou a ordem jurídica do autor e deseja o julgamento por improcedência, e com isso haveria o trânsito em julgado sobre o caso, impedindo posteriormente

DJ de 11/04/2005). - “A parte, da mesma forma que o advogado, tem legitimidade para recorrer de decisão que fixou os honorários advocatícios” (REsp nº 648328/MS, 5ª Turma, DJ de 29/11/2004). - “A Segunda Seção assentou que o advogado, como terceiro interessado, tem legitimidade para recorrer da parte da sentença que fixou os honorários” (REsp nº 586337/RS, 3ª Turma, DJ de 11/10/2004).

“Têm legitimidade para recorrer da sentença, no ponto alusivo aos honorários advocatícios, tanto a parte como o seu patrono” (REsp nº 361713/RJ, 4ª Turma, DJ de 10/05/2004). - “A Segunda Seção pacificou o entendimento da Corte reconhecendo o direito da parte de recorrer da decisão judicial relativa aos honorários de advogado” (REsp nº 533419/RJ, 3ª Turma, DJ de

15/03/2004). - “Tanto o advogado quanto a parte têm legitimidade para discutir o valor da verba honorária” (REsp nº 457753/PR, 3ª Turma, DJ de 24/03/2003)” (STJ, 1. T., Resp n. 821822/PR, rel. Min. José Delgado, j. 20.06.06, DJU 03.08.06, p. 220.)

¹⁸⁷ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 154.

a mesma lide e assim dando tranqüilidade ao réu. Assim, pode o réu recorrer para visar melhor sua situação jurídica e impedir demandar futuras.

Diferente é o caso onde se busca uma mudança pelo réu de sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, por outra sentença também de extinção, somente com a mudança do fundamento. Ou ainda no caso onde se busca pelo réu a simples mudança da sentença, tendo sido a mesma já julgada pela improcedência.

Nestes casos não ocorreu a sucumbência formal, a sentença em nada mudou seu dispositivo, permaneceu em sua essência, julgando com ou sem julgamento do mérito, não trazendo qualquer gravame ao recorrente.

Embora se entenda que a sucumbência formal pode acarretar em recorribilidade dependendo do caso, e na sucumbência material que se busca fundamento para possibilitar o interesse em recorrer. “A sucumbência material não se liga propriamente ao prejuízo perpretado com a decisão proferida, no seu aspecto formal, mas sim, e principalmente, aos efeitos prejudiciais da decisão e à possibilidade de se obter uma decisão diversa e mais favorável do que aquela proferida.”¹⁸⁸

Por exemplo, no caso de uma ação de indenização, e a mesma é julgada extinta sem julgamento do mérito. Neste caso o recorrente visará o julgamento por improcedência e assim, se vislumbraria uma sucumbência formal. A material ocorreria no caso de ter sido julgada procedente, e com uma verba indenizatória fixada em 10 mil reais. O autor pode recorrer para tentar aumentá-la para 50 mil. Nesse caso não se visa a mudança do julgado, na sua produção de efeitos, mas somente na quantidade do prejuízo “de fato” que o réu arcaria.

A necessidade está atrelada à constatação de ser o recurso o mecanismo necessário à obter a pretensão decorrente. Isso se verifica na apresentação de recurso contra medidas urgentes. É óbvio que o recurso não poderá ser o agravo retido, já que somente será apreciado quando da apelação cível, e, portanto, devendo ser o de instrumento. Ou mesmo nos casos de agravo da decisão que recebe a apelação. Se retido for, somente será apreciado quando do julgamento da apelação, ou seja, quando já mais importa

¹⁸⁸ Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 103.

o efeito em que a apelação é recebida, pois a mesma teria os efeitos provisórios durante o processamento em segundo grau de jurisdição, não adiantando num momento posterior.

Em ocorrendo uma dessas hipóteses, o recurso não seria admitido por falta de interesse recursal, pela total desnecessidade do recurso apresentado.

2.2.4 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer

Os fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer são fatos que não podem ocorrer para que o recurso seja admitido.

O fato impeditivo seria a desistência do recurso. Não poderia o autor que teve homologada sentença de desistência da ação, recorrer para pretender a procedência do pedido. É fato incompatível com a ação anterior do recorrente. “A ninguém é dado usar das vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento desse fim, representado pela decisão impugnada, se originou daquele mesmo que pretende impugná-la.”¹⁸⁹

Esses fatos atinentes à ação como um todo. Além da desistência, a renúncia do direito sobre qual se funda ação por parte do autor, e também o reconhecimento da procedência do pedido por parte do réu são fatos impeditivos que quem deu causa está impedido de recorrer devido a tais fatos.

Já os fatos extintivos são atinentes ao próprio recurso em si, quando a parte desiste não da ação, mas do direito de recorrer. Nesse caso já é uma própria decretação de extinção do recurso por parte do recorrente.

Outro exemplo de fato extintivo é a aceitação. Essa é expressa no artigo 503 do CPC. Se a quem foi proferida decisão, praticar o ato ordenado, sem mencionar a reserva ao direito de recorrer, estará, tácita ou expressamente, concordando com o pronunciamento judicial, extinguindo o direito de recorrer do mesmo. No entanto, é necessário que a aquiescência

¹⁸⁹ DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: Podivm, 2007, p. 50.

seja espontânea para configurá-la, sendo esta aceitação podendo ser feita antes ou depois do recurso ser interposto¹⁹⁰.

¹⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13.a ed., Forense: Rio de Janeiro, 2006, p. 347. v. V.

CAPÍTULO 3 - OBSERVAÇÕES SOBRE ALGUNS RECURSOS EM ESPÉCIE

3.1 A APELAÇÃO CÍVEL

A apelação cível é o recurso que permite a um órgão hierarquicamente superior reexaminar questões de fato e de direito decididas na sentença (art. 513, CPC). Dada a grande amplitude de seu efeito devolutivo, insuperável dentre todos os recursos, e o fato de constituir-se no instrumento de impugnação ao ato mais importante do processo, a apelação é considerada o recurso por excelência.¹⁹¹

Essa condição de recurso por excelência implica em afirmar que a apelação cível é o recurso típico no sistema processual civil brasileiro, ou seja, é o recurso que é aplicado subsidiariamente como regra para todos os demais¹⁹².

¹⁹¹ BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007, p. 23.

¹⁹² "Teoria geral dos recursos. A matéria, embora prevista no capítulo do recurso de apelação, e também porque a apelação é o recurso cível ordinário por excelência, tem natureza de norma de teoria geral dos recursos, razão porque esta se aplica a todos os recursos cíveis existentes no sistema recursal do CPC." "(NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria

A apelação, cível, como sendo o recurso manejado para impugnar o ato máximo do magistrado, a sentença, é o meio de impugnação mais do ato judicial importante dentro de nosso ordenamento. Como tal, delimita como função primordial de nossos tribunais o julgamento do referido recurso.¹⁹³

Apesar das reformas da Lei n. 11.232./05, que modificou o conceito de sentença, passando do critério finalístico (topológico) para que utiliza o conteúdo do ato judicial para se identificá-lo, não houve mudanças quanto à utilização da apelação cível. O conceito foi modificado, passando-se de “sentença como sendo o ato que põe fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição” para “sentença como sendo o ato judicial que decide com base nos artigos 267 e 269 do CPC”. Porém, pra fins de recorribilidade, o critério seria o misto, a apelação cível é utilizada para impugnar as decisões com base nos artigos 267 e 269 do CPC, desde que também coloque fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição.

Entendimento diferente seria um incentivo à desordem processual. Imagine-se uma decisão que exclui um dos litisconsortes passivos da demanda. Do ponto de vista técnico, é uma decisão com base no art. 267 do CPC, portanto sentença de acordo com o art. 162, §1º do CPC. Mas, se se admitir a apelação cível para impugnar tal ato, estar-se-ia permitindo a figura de uma “apelação por instrumento”, ou ainda, se fosse um caso de apelação com efeito suspensivo *ope legis*, paralisar-se-ia o processo desnecessariamente até a apelação do litisconsorte. Devido a esses percalços é que no caso mencionado, o recurso admitido é o agravo de instrumento, pois ainda não se encerrou o procedimento por completo em primeiro grau de jurisdição. E assim, expõe-se o entendimento de que pra fins de recorribilidade a sentença é definida como o ato que decida com base nos artigos 267 e 269,

Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 860)

¹⁹³ “Por esse motivo é que se diz que a apelação é o principal instrumento por meio do qual atua o princípio do duplo grau de jurisdição.” (JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999, p. 52). “A apelação é o recurso que cabe de toda e qualquer sentença, e representa de modo extraordinariamente eficiente a adoção, pelo sistema brasileiro, do princípio do duplo grau de jurisdição.” (WAMBIER, Luiz Rdrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Curso avançado de processo civil*. vol. 1. 9.a ed., São Paulo: 2007, p. 555)

e que, paralelamente, ponha fim à fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição.¹⁹⁴

A apelação cível é o recurso que tem o condão de devolver ao tribunal estadual, e somente é recurso cabível para impugnar decisão final sobre causa decidida em primeiro grau de jurisdição, todas as questões ainda não decididas pelo juízo *a quo*, ou seja, é o efeito devolutivo máximo, remetendo ao tribunal o reexame total da causa.

A apelação cível apesar de estar inserido no capítulo referente ao processo de conhecimento, se aplica aos demais atos do processo civil que decidam sobre a causa¹⁹⁵. Pode ser utilizada para impugnar as sentenças do processo cautelar e as do processo de execução desde que seja das decisões com base no artigo 794 do CPC, já que somente estas têm conteúdo dos artigos 267 e 269 do CPC.

Mudança houve no tocante à decisão que versar sobre a liquidação de sentença, que nada mais é do que a decisão que torna líquida a pretensão do exequente e o possibilita ajuizar uma ação executiva. Anteriormente à Lei n. 11.232/05, o recurso cabível era a apelação cível. Hodiernamente, o recurso cabível, de forma expressa, é o agravo de instrumento (art. 475-H, CPC).

Na apelação cível, há a possibilidade de se discutir outros pronunciamentos além dos contidos nos artigos 267 e 269 do CPC, desde que estejam contidos na mesma decisão que contenha a característica de tais artigos, e que os fatos não tenham sido discutidos em segundo grau de jurisdição. Se numa sentença há um outro capítulo que decida sobre o valor da causa ou mesmo defira uma antecipação de tutela, por serem estes

¹⁹⁴ Idéia já defendida por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “o pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 267 ou 269 (CPC, 162, par. 1.o) e, cumulativamente, b) extinguir o processo (CPC, 162, par. 2.o, a *contrario sensu*), se o pronunciamento for proferido no curso do processo, isto é, sem que lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória, impugnável por agravo (CPC 522), sob pena de instaurar-se o caos em matéria de recorribilidade desse mesmo pronunciamento”(NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 427), e também por Rodrigo Barioni (BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007, p. 26)

¹⁹⁵ É importante lembrar que existem sentenças onde é vedado o manuseio de recurso de apelação para a sua impugnação. É o caso da sentença proferida em execução fiscal onde somente é permitido os embargos infringentes (logicamente aqui com características de apelação) e de declaração. (art. 34, Lei n. 6.830/80).

provimentos capítulos de uma sentença que contenham pronunciamentos com base nos artigos 267 e 269, serão discutidos também em sede de apelação cível.

A apelação cível, como já dito, não é um recurso de fundamentação vinculada, mas livre, pode-se discutir qualquer fato que fundamente a injustiça da decisão, e desde que justificados (art. 517, CPC), podem ser discutidos até fatos novos, sendo os fundamentos jurídicos sempre passíveis de reforço. Basta alegar a simples injustiça da sentença¹⁹⁶ para que a mesma seja apreciada pelo órgão *ad quem*, mas, por óbvio, isso não exclui a apresentação das razões recursais.

3.2 O AGRAVO DE INSTRUMENTO

O agravo de instrumento é recurso cabível contra decisões interlocutórias, ou despachos que possam causar prejuízo, desde que haja previsão expressa do cabimento do agravo de instrumento ou esteja presente a necessidade de revisão imediata da matéria¹⁹⁷. As decisões judiciais onde se encontram presentes as possibilidades expressas de cabimento de agravo de instrumento são os casos previstos no artigo 522 do CPC, quais sejam, as que digam respeito ao efeito que a apelação é recebida, onde a constatação é objetiva, e as decisões que possam causar dano grave e de difícil reparação, onde tal constatação dependerá de apreciação do magistrado *ad quem*.

Existem ainda outras possibilidades onde o agravo de instrumento deve ser recebido impreterivelmente nesta forma. São os casos que até por impossibilidade lógica, tornam inviável a interposição de um agravo retido nos autos. Por exemplo, quando se recorre de uma decisão que negou a declinação de juízo por incompetência absoluta. Neste caso, prudente que o

¹⁹⁶ “Irrelevante, também, é o vício apontado na sentença. Seja vício de atividade ou de juízo, a apelação será sempre o recurso adequado para impugnar a sentença. Para a admissibilidade da apelação, o apelante não necessita de alegar vícios capazes de tornar a sentença nula; basta que alegue a injustiça da decisão recorrida.” (JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999, pp. 51-52).

¹⁹⁷ “Pensamos, diante disso, que o cabimento do agravo deve restringir-se a poucas decisões interlocutórias, escolhidas pelo legislador em razão de sua natureza, uma vez que algumas situações poderão exigir reapreciação imediata, impondo-se a interposição de agravo de instrumento.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 87)

tribunal examine a questão pela via do agravo de instrumento, pois, se do contrário for, poderia vir uma decisão de incompetência absoluta somente na sentença, o que tornaria inútil toda a atividade jurisdicional do procedimento em primeiro grau de jurisdição em virtude de serem todos estes atos passíveis de nulidade (art. 113, §2º, CPC).

Há ainda casos como o das decisões no curso do processo de execução. Como o processo de execução dificilmente terá fim com um pronunciamento de cunho decisório (cf. art. 795, CPC), um agravo retido é ato inútil, pois não haverá a sua apreciação, ou mesmo porque decisões no curso do processo de execução, em regra, possuem a necessidade de apreciação imediata. Vê-se, por exemplo, no caso de uma decisão que rejeita penhora por meios eletrônicos e a faz sobre um título da dívida pública. Tal decisão pode deixar desprovida de qualquer garantia do juízo o processo de execução, tornando-a infrutífera. No processo de execução, caso admitido o agravo num primeiro juízo do tribunal *ad quem*, deverá o recurso ter prosseguimento na forma de instrumento.

Há ainda casos onde leis esparsas prevêm expressamente o recurso de agravo na forma de instrumento. É o caso da Lei de Improbidade Administrativa. Na mencionada legislação há uma petição inicial, uma manifestação do réu, e em trinta dias, somente com a verificação da prova documental, o magistrado decide se recebe ação ou não. Da decisão que recebe a demanda, o recurso previsto é o agravo de instrumento. A um porque há previsão expressa para tanto. A dois porque um agravo retido perderá completamente o objeto, pois analisará uma questão referente ao recebimento de uma ação quando do julgamento dela. Até por questão de economia processual, o tribunal nem poderá examinar a questão de recebimento da ação pra que a demanda não corra o risco de ser julgada sem apreciação do mérito, já o deverá fazê-lo para por fim à questão.

Apesar dessas exceções aqui apresentadas, o que deve ser fixado é que com a nova redação do artigo 522 do CPC dada pela Lei n. 11.187/2005, o agravo de instrumento está restrito a poucas ocasiões. E, mesmo assim, a interposição de agravo de instrumento está submetido à admissão do órgão *ad quem*, e não mais à escolha da parte recorrente. A

regra, desta citada lei em diante é a da recorribilidade das interlocutórias em primeiro grau pela via do agravo retido.

Os recursos em processo civil, em sua maioria, estarão devidamente interpostos com a simples apresentação da petição de do preparo quando exigido. Exceção sofre os agravos de instrumento, seja o agravo contra decisões interlocutórias de primeiro grau (art. 524, CPC), seja decisões denegatórias de seguimento de recurso excepcional (art. 544, CPC).

Tais recursos podem ser compreendidos como os que mais devam receber cuidados quando das suas interposições, justamente na formação dos instrumentos. Essa formação do instrumento ocorre devido ao fato de que o magistrado a quem o recurso é dirigido não terá os autos em mãos para realizar a cognição sobre o recurso, por isso, além da petição e do preparo, irá anexa à mesma, cópia toda a documentação obrigatória e a necessária para a apreciação da lide recursal.

No primeiro caso, e ora objeto de estudo, o agravo de instrumento do art. 524 do CPC, a legislação estabelece alguns cuidados exatamente na formação do instrumento, este ônus do agravante¹⁹⁸ e não da Escrivania.

Primeiramente, o advogado deve ater-se às peças obrigatórias a serem juntadas à petição, devidamente elaborada com a exposição da situação objeto da lide recursal, o direito envolvendo a mesma, os fundamentos do desacerto da decisão recorrida, os requerimentos urgentes caso existam, o pedido de reforma na proporção que o caso exige, e ainda o nome e o endereço dos advogados constantes nos autos de primeiro grau. Como advertido, os autos não sobem integralmente para segundo grau de jurisdição e por isso o desembargador relator não terá outra forma de detectá-los para realizar as intimações sobre as decisões a serem tomadas no caso a ele submetido.

As peças obrigatórias vêm elencadas no artigo 525, I, do Código de Processo Civil. Ali, primeiramente são exigidas as cópias da decisão agrava, e respectiva intimação.

¹⁹⁸ “No regime atual, a formação do instrumento é ônus do agravante (art. 525, *caput*)” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 279)

Por óbvio, a cópia da decisão agravada é requisito para que o Desembargador tenha conhecimento sobre a decisão agravada, e a sua certidão de intimação para verificar a tempestividade (10 dias) do recurso de agravo. Quanto à certidão de intimação, muito vem se usando a referência à cópia das folhas dos autos onde há a referência à publicação na imprensa oficial, o que se concorda. Entretanto, por cautela, opina-se pela efetiva juntada da certidão de cartório informando a intimação sobre a decisão agravada, e a quem foi dirigida.

As outras cópias obrigatórias são das procurações aos advogados das partes (agravante e agravado). A cópia do instrumento de procuração da parte agravante será, em todos os casos, requisito obrigatório. Já a procuração do advogado da parte agravada poderá ser dispensada em alguns casos. Um deles é quando se recorre de uma liminar denegada *inaudita altera parte*, pois ainda não há advogado constituído nos autos. Nestes casos os tribunais admitem a dispensa da juntada da procuração ao advogado do agravado¹⁹⁹, embora poderá ser requerida uma certidão da Escrivania advertindo da inexistência de advogado constituído pelo agravado nos autos.

Posteriormente, há ainda a necessidade de juntada de todas as folhas que sejam necessárias à compreensão do lide recursal, sejam outras

¹⁹⁹ “As cópias das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado podem, em algumas hipóteses, ser também dispensadas. Tome-se como exemplo, que não é este caso, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que rejeite, início litis, antes mesmo da citação da parte demandada, um provimento de urgência ou antecipatório postulado pela parte autora. Nesse caso, justamente por não haver ainda sido citado o réu, é curial que não há, nos autos, procuração sua constituindo advogado que o possa representar. Logo, dispensa-se, até por impossibilidade material, a juntada de cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado” (TJPR, 18.a Câmara Cív., AgIn n. 0328086-4, rel. Des. Lenice Bodstein, j. 31.01.06, *DJPR* n. 7058, grifou-se)

“Se o recurso de agravo foi direcionado a despacho preambular que, antes de admitir a instauração da instância, negou o benefício da assistência judiciária, sem ordenar a citação, era dispensável a juntada de certidão sobre não estar o agravado representado nos autos, por se tratar de hipótese virtualmente impossível. Caso em que não se pode considerar obrigatória a juntada de certidão sobre a inexistência de representação do agravado, como orienta o entendimento prevalente neste.” (TJPR, 18.a Câmara Cív., Ag n. 0305829-1/01, rel. Des. Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra, j. 08.03.06, *DJPR* n. 7085, grifou-se)

“Nesse caso, justamente por não haver ainda sido citado o réu, é curial que não há, nos autos, procuração sua constituindo advogado que o possa representar. Logo, dispensa-se, até por impossibilidade material, a juntada de cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado. Isto posto: Conheço e, em Juízo de retratação, defiro o processamento do agravo de instrumento” (TJPR, 18.a Câmara Cív., Ag n. 0314699-2/01, rel. Des. Lenice Bodstein, j. 31.01.06, *DJPR* n. 7058)

cópias do processo de primeiro grau²⁰⁰, sejam outros documentos que o agravante entenda como útil à compreensão da questão. No caso de referência a documentos que não foram juntados nos autos de agravo, ou outros, mas que sejam necessários à compreensão da questão, o recurso não será conhecido²⁰¹.

Com relação às cópias a serem juntadas no instrumento de agravo, a lei exige que as mesmas sejam autenticadas. Antes de 2001, tal autenticação deveria ser feita pela Escrivania de primeiro grau, embora, sabiamente, Athos Gurmão Carneiro²⁰² e Valentina Jungmann Cintra Alla²⁰³ já defendessem a possibilidade de autenticação pelo advogado, pois este responderia penal e civilmente pelas cópias juntadas.

A Lei n. 10.352/2001 alterou o art. 544, §1º do CPC, possibilitando que o próprio advogado que patrocina a causa possa autenticar as peças que serão anexadas às razões recursais. Por analogia, doutrina e jurisprudência têm admitido que o procedimento seja adotado no agravo de instrumento dos arts. 522 e seguintes do mesmo diploma legal.

Mas faça-se a ressalva de que tal benefício, qual seja, o de possibilitar a autenticação das pessoas pelo advogado, tem a força de substituir a autenticação em Escrivania somente quando houver a assinatura do advogado na declaração de autenticidade bem como a autenticação pelo mesmo nas folhas que instruem a peça recursal. Na ausência da autenticação e da assinatura na declaração, a jurisprudência vem entendendo como

²⁰⁰ No intuito de simplificar a compreensão da lide recursal e eximir de dúvidas as cópias dos autos a serem juntadas no instrumento de agravo, prudente que se faça a cópia integral dos autos e a sua respectiva juntada no instrumento de agravo.

²⁰¹ “Ausente, todavia, peça que não conste do elenco do inc. I do art. 525, mas que seja necessária à compreensão da controvérsia, o recurso igualmente não será conhecido.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 280) No mesmo sentido: CARVALHO, Fabiano. Reflexões sobre o agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2003, vol. 7, p. 215. Há ainda casos onde, para a exata compreensão da questão seja necessária a juntada de documentos de outros autos, como no caso onde se aprecia possibilidade de se desconstituir penhora sobre bem de família na fase de avaliação por carta precatória. Nesse caso, será necessária a juntada da carta precatória de penhora e da própria execução que tramitou no juízo deprecando.

²⁰² CARNEIRO, Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: forense, 1996, pp. 51-52.

²⁰³ “Como a lei não prevê a autenticação dos traslados, decorre que devam ser considerados como garantidos pelo advogado subscritor da petição recursal. Eventuais irregularidades poderão conduzir à inadmissão do recurso, e à verificação da responsabilidade do procurador, inclusive, eventualmente, no plano penal.” (ALLA, Valentina Jungmann Cintra. *O recurso de agravo e a Lei 9.139/95, de 30.11.1995*. São Paulo: RT, 1998, pp. 105-106).

inadmissível o recurso²⁰⁴.

O que se sugere na presente situação é a confecção de uma declaração de quais os documentos anexados ao agravo de instrumento, de que o advogado se responsabiliza sobre a autenticidade sobre todos os documentos por ele rubricados no verso, e o efetivo visto nos versos das cópias.

Ainda, por inteligência do artigo 526 do CPC, há o ônus ao agravante da informação ao juiz *a quo*, em três dias, de que o agravo de instrumento foi interposto, bem como a relação dos documentos juntados no referido recurso. Tal informação ao magistrado de primeiro grau de jurisdição tem o intuito de informar os fundamentos que poderão levar à reforma da decisão recorrida bem como quais foram os documentos juntados no recurso, para assim, possibilitar um possível juízo de retratação.

O mais cauteloso a se fazer é a juntada da cópia da petição de protocolo de interposição do recurso, monstrando-se o carimbo correspondente, a cópia do recolhimento do preparo, pois é requisito da petição de agravo (art. 525, §1º, CPC), e a informação de quais documentos foram juntados no recurso de agravo.

A não apresentação da petição descrita no art. 526 ao juízo de primeiro grau de jurisdição, e se isto for informado pelo agravado ao órgão *ad quem*, acarretará o não conhecimento do recurso²⁰⁵, e a conseqüente negativa

²⁰⁴ “A ausência da assinatura na declaração de autenticidade das peças não atende à exigência legal, seja porque frustra a confiabilidade e segurança pretendidas com a declaração, seja porque não permite a virtual responsabilização do profissional.” (TST, AIRR n. 1368/2003-019-04-40.3, rel. Min. João Oreste Dalazen, disponível em www.tst.gov.br, g. n.) “Agravo de Instrumento. Declaração de Autenticidade das Peças Instrutórias Inadequada. Ausência de Assinatura do Advogado. Inadmissibilidade. Inocorrência de Excesso de Formalismo. Aplicação do art. 246, par. 6.o do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Conhecido e Improvido. A autenticidade das peças que instruem o agravo de instrumento deve ser feita via cartório ou pelo próprio advogado pela fé do seu grau e sob sua responsabilidade pessoal, devendo tal declaração ser devidamente assinada pelo patrono da parte. O advogado que faz declaração de autenticidade de forma inadequada, sem a devida assinatura, autoriza o relator a obstar o seguimento do recurso. Não há de falar em formalismo excessivo, pois a autenticidade das peças que instruem o recurso de agravo de instrumento possui repercussões na esfera de responsabilidade pessoal do advogado.” (TJPR, 18.a Câ. Cív., AgIn n. 30236050-1, Acórdão n. 2036, rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. 26.10.2005, disponível em www.tj.pr.gov.br). Em sentido contrário: RODRIGUES, Júlio César Souza. Agravo de instrumento: cópias das peças transladas (arts. 525, I e 544, par. 1.o do CPC), desnecessidade de autenticá-las. In: *Revista de Processo* n. 124. São Paulo: RT, junho de 2005, p. 121.

²⁰⁵ “A comunicação ao juízo a quo constitui requisito de admissibilidade do agravo, desde que o agravado suscite a questão e comprove a inexistência de comunicação. Trata-se de requisito

de seguimento ao mesmo.

3.3 O AGRAVO RETIDO

O agravo retido é recurso não concebido originariamente para fazer parte do rol de recursos do Código de Processo Civil de 1973, adveio de uma linha doutrinária²⁰⁶ que tentava defender uma forma célere de provocar uma resposta rápida para um recurso interposto na forma oral em audiência.

Com o tempo, e principalmente após a reforma processual de 2005, o recurso de agravo retido ganhou vigor ao ponto de se tornar o recurso cabível para as decisões interlocutórias na grande maioria dos casos devolvidos ao Tribunal.

Como dito no item anterior, o intuito do legislador foi diminuir a recorribilidade das decisões interlocutórias no direito brasileiro, e por isso, o agravo de instrumento passou a ser admitido somente em casos excepcionais, restando o agravo retido para a grande maioria das decisões interlocutórias segundo o próprio artigo 522 do CPC²⁰⁷.

privado de admissibilidade, pois não pode ser reconhecido de ofício. Essa circunstância, de previsão de requisito de ordem privada para a admissibilidade de agravo, constitui quebra do sistema recursal brasileiro caracterizando técnica legislativa incorreta.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 889)

²⁰⁶ “O agravo retido não fora concebido pelos autores do projeto do Código de Processo Civil, vindo a ser adotado, por ocasião de sua discussão no Congresso Nacional, aceitando-se, no que diz respeito a essa forma especial de agravo, uma sugestão formulada pelo Prof. Egas Moniz de Aragão, em trabalho publicado poucos anos antes (Dos recursos cíveis – Esboço legislativo, p. 14)

As controvérsias que existiam no que respeita o agravo retido foram, em sua maioria, eliminadas pela reforma, dentre estas, a dúvida existente sobre a necessidade de permitir-se a impugnação do agravado, assim como a possibilidade de interpor-se oralmente o agravo. A nova lei assegurou a audiência do agravado também no agravo retido, assim como o juízo de retratação, de que já falamos, bem como dispôs a respeito da faculdade de interpor o recorrente o agravo retido na forma oral, contra as decisões proferidas em audiência (art. 523, par. 3.o, do CPC.” (BAPTISTA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 6.a ed., São Paulo: RT, 2002, pp. 440-441, v. 1.)

²⁰⁷ “Com o intuito e reduzir a quantidade excessiva de agravos de instrumento em trâmite nos tribunais, foi sancionada a Lei 11.187/2005, que, em síntese, assim alerta a sistemática dos agravos: a) torna regra, agora de modo expresso e explícito, o agravo retido, reservando o agravo de instrumento apenas para as decisões suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, e outras especificadas no art. 522, caput, do Código de Processo Civil; b) elimina o agravo interno contra a decisão do relator que determine a conversão do agravo de instrumento em agravo retido e que decida sobre a antecipação dos efeitos da tutela recursal ou a concessão de efeito suspensivo a agravo.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 97)

Uma das formas de interposição do agravo retido é a escrita, como meio de se impugnar os diversos pronunciamentos judiciais proferidos durante a demanda, excetuando-se as audiências. Nesse caso, o agravo será apresentado por simples petição escrita, em dez dias, sem a formação de instrumento ante a desnecessidade de envio imediato ao tribunal, e também sem qualquer preparo por vedação do artigo 522, parágrafo único. Ato contínuo será aberto prazo também de dez dias para o agravado contra-razoar, na forma do art. 523, §2º, podendo o magistrado reformar sua decisão ou não.

A outra forma, é a interposição em audiência. No caso da audiência de conciliação ou alguma extraordinária, há a possibilidade de interposição do agravo na audiência, porém não a obrigação, sendo possibilitada sua interposição na forma escrita. O que não ocorre na audiência de instrução e julgamento, sendo obrigatória sua interposição na forma oral (cf. art. 523, §3º, CPC).

Apresentado o agravo retido na forma oral, sendo este, ainda que sucintamente, dever conter as razões da reforma da decisão e o pedido recursal, por atenção ao princípio da isonomia (art. 5, *caput* e inc. I da Cf/88), abrir-se-á prazo para o agravo impugnar o recurso na mesma forma.

Nas duas formas de agravo retido aqui apresentadas, é obrigatório a reiteração do pedido como preliminar em sede de apelação cível para que o agravo possa ser conhecido. É requisito imprescindível para evitar a denegação de seguimento do mesmo o preceituado pelo artigo 523, §1º, do CPC.

3.4 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração obedecem à categoria de recurso por expressa disposição legal do artigo 496, IV, do Código de Processo, e, portanto, devem se ater aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos. No entanto, é um recurso que não se assemelha à grande maioria quanto o objetivo visado com a interposição bem como quanto ao órgão a que é destinado o recurso.

Quanto ao objetivo, enquanto a grande maioria do rol de recursos previstos em lei federal busca a reforma da decisão impugnada, nos

embargos de declaração “não se pretende, pois, discutir a justiça da decisão, mas apenas a sua forma, pleiteando-se que o juiz esclareça melhor a sua decisão,”²⁰⁸ o objetivo dos embargos de declaração é pedir ao juiz um esclarecimento, “um complemento da sentença quando esta é lacunosa, contraditória ou obscura”²⁰⁹, conforme estabelecido pelos incisos I e II do artigo 535 do CPC, ou ainda nos casos de erro de fato ou erro material.

Existem casos em que o único recurso cabível para uma das partes são os embargos declaratórios. Exemplo típico disso seria em ocorrendo um agravo de instrumento para que se anulasse uma penhora e deferisse outra sobre veículo automotor, e o Tribunal a deferisse mais não expedisse ofício ao DETRAN. Não cabe outro recurso ao agravante a não ser os embargos de declaração para dar efetividade à decisão, e “melhorá-la”. Os embargos de declaração podem ser manejados ainda que totalmente vitoriosa a decisão para o recorrente, pois “a parte precisa ter alguma vantagem a extrair da nova resposta jurisdicional pleiteada; maior clareza, melhor completude, ou mais rigorosa coerência interna do julgado”²¹⁰.

A omissão é o caso típico para configurar o cabimento do presente recurso. Ocorre quando se está diante de fundamento alegado pelo litigante, ou ainda os que o magistrado deve se manifestar de ofício, e não mencionados no julgado. A obscuridade ocorre quando da falta de compreensão da decisão judicial, seja pela complexidade da escrita do magistrado ou ainda em casos onde na decisão houver muitas citações em língua estrangeira e não traduzidas. Já a contradição advém de informações conflitantes dentro da própria decisão, como a descrição da fundamentação no sentido de dar provimento ao recurso, e, ao final, surgir um não provimento.

O erro material ocorre na inexatidão das informações contidas na decisão. “não se cuida de um vício lógico do provimento mas engano ou lapso na sua expressão através de palavras ou de números”²¹¹. Isso ocorre na maioria das vezes por erro de digitação. Seria o exemplo de uma condenação

²⁰⁸ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2003, p. 29.

²⁰⁹ Cf. BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. São Paulo: RT, 1993, p. 62.

²¹⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

²¹¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 603.

sobre um dano de 20 vinte mil reais, onde o juiz prolatasse a sentença para que o réu pague o valor de 20 milhões de reais atualizados. Por óbvio que a condenação não foi arbitrada nesse valor, mas houve flagrante erro material onde o magistrado deve corrigir de ofício tal ato, o que, não acontecendo, abre ensejo ao cabimento dos embargos declaratórios.

O erro de fato ocorre quando a decisão parte de premissa inexistente ou ainda admite fato que não ocorreu. Representa a falta de percepção do órgão judiciário quanto a elemento já constante nos autos, notório ou dedutível por regra de experiência²¹². É o caso da sentença se fundamentar completamente entendendo que exame de DNA fosse positivo, quando, na verdade, não era.

A outra característica peculiar dos embargos declaratórios é ter o próprio magistrado que prolatou a decisão impugnada como o destinatário para essa modalidade de recurso. Justamente pelo fato dos embargos de declaração não ser recurso que visa a reforma da decisão, mas sim a esclarecimento, dando um efeito integrativo, é que o próprio órgão prolator da decisão é que deve verificar se houve realmente omissão, se explicar no caso de obscuridade ou contradição, ou ainda constatar se houve erro material ou de fato.

Os embargos declaratórios são uma continuidade da decisão recorrida, portanto, se não houver manifestação expressa do judiciário, os efeitos da decisão recorrida perdurarão. Ou seja, não é porque os embargos de declaração têm característica recursal que se poderia pensá-lo como dotado de efeito suspensivo, aliás, na sistemática atual, seria lógico pensar o contrário²¹³. Portanto, os embargos de declaração somente terão efeito suspensivo se a decisão contra qual ele foi manejado tiver o referido efeito²¹⁴, e não houver

²¹² Idem. p. 604.

²¹³ “Este posicionamento, aliás, deve ser sustentado, uma vez que, neste breve estudo, acabou-se por concluir que o efeito suspensivo não é, em verdade, a regra.” (CANAN, Rodrigo. Efeito suspensivo em embargos de declaração e outras questões sobre o mesmo efeito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 448. v. 10.)

²¹⁴ Convém lembrar a lição de Sidney Pereira de Souza Junior que afirma que os embargos de declaração terão efeito suspensivo se o recurso que será interposto posteriormente também o tiver (SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. Embargos de declaração: são dotados ou não de efeito suspensivo recursal? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 588. v. 10). Com todo respeito, de tal opinião se discorda ante o fato da decisão dever ter efetividade

manifestação judicial acerca do referido efeito. Pensar o contrário seria contra a lógica. Seria imaginar uma decisão que manda que se realize urgentemente uma cirurgia vital para um cidadão ser suspensa pela simples apresentação de embargos de declaração. Ainda, efeito importante da interposição tempestiva dos embargos de declaração é a interrupção do prazo para a interposição de recurso posterior (art. 538, CPC).

Os embargos ora mencionados, em regra, não seguem outra característica recursal, a do contraditório. Isso porque, ele não tem o condão de modificar o julgado, mas somente de esclarecê-lo. No entanto, quando houver um a apresentação de um fato novo (por exemplo, condições da ação, pressupostos processuais, inconstitucionalidade de lei, etc..), com pedido que possa acarretar o chamado infringente, assim podendo ocasionar a reversão julgado, por respeito ao princípio do contraditório, obrigatória a intimação da parte embargada para se manifestar sobre os embargos.

3.5 OS EMBARGOS INFRINGENTES

Os embargos infringentes, segundo o regramento atual estabelecido pela Lei n. 10.352/01, que alterou o artigo 530 do CPC, estabelece que tal recurso será cabível se um acórdão não unânime tiver reformado sentença de mérito ou julgado procedente ação rescisória. Pela simples leitura do dispositivo legal em foco não se vislumbraria maiores celeumas.

Acórdão não unânime que nada mais é do que dois votos dos desembargadores concluindo²¹⁵ em um sentido e o terceiro em sentido diverso. No caso do artigo 530 do CPC, duas primeiras situações importantes ocorrem quanto à possibilidade de cabimento dos embargos infringentes: (a) quando a

imediate. Não poderia uma decisão, uma sentença que antecipa os efeitos da tutela, ter seu efeito cassado, sem o juiz se manifestar acerca dos efeitos em que a apelação será recebida. Volta a se afirmar, o efeito suspensivo pode ocorrer, desde que seja por expressa disposição legal, ou se a decisão contra qual se interpôs embargos de declaração já tiver o mencionado efeito.

²¹⁵ Aqui fala-se em “concluindo” e não “votando” pois de nada vale o fundamento do voto para o cabimento dos embargos infringentes, somente a conclusão. Dois votos podem fundamentar num sentido diferente do voto vencido, porém se os três tiverem a mesma conclusão, não são cabíveis os embargos infringentes. Com efeito, se houver três fundamentações iguais, mas duas conclusões pela reforma da sentença de mérito e uma pela manutenção, o recurso de embargos infringentes se apresenta como cabível.

sentença terminativa é reformada, e com base no art. 515, §3º, o tribunal estadual dá provimento ao pedido, reformando a sentença terminativa e; (b) quando o relator reforma a sentença monocraticamente com base no art. 557 do CPC, e a câmara confirma tal decisão por maioria.

Pois bem, antes de responder à primeira questão, mister se fazer um esclarecimento acerca do real sentido da expressão “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito”. O legislador nada mais quis dizer de que o cabimento do recurso de embargos infringentes, a controvérsia objeto da tutela recursal deveria ter conteúdo de mérito, deveria ser uma questão importante, sobre a lide propriamente dita, e não sobre suas preliminares, portanto, a expressão contida no começo no parágrafo quer significar “quando o acórdão não unânime tiver reformado sentença e decidido sobre o mérito.” Pelo mesmo motivo, não poderia caber os embargos infringentes se o acórdão não unânime reformar a sentença de mérito de procedência (assim obedecendo à risca o prescrito no art. 530) e decidir pela inadmissibilidade da ação. Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que “a melhor interpretação do art. 530 do CPC, em sua redação atual, está a indicar o descabimento de embargos infringentes contra acórdão que não examina o mérito da pretensão.”²¹⁶

Outro caso onde se verifica claramente que o que importa para o cabimento dos embargos infringentes é o fato de o acórdão não unânime examinar o mérito da questão está no caso de o tribunal, em sede de agravo retido (pois está se decidindo em sede de apelação), rejeitar, em acórdão não unânime, o pedido por prescrição, quando a sentença tiver dado pela procedência da ação. Neste caso, autorizado pelo STJ de acordo com a Súmula 255, “cabem infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de matéria de mérito.”

Vê-se que, de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tanto quando se rejeita embargos infringentes no caso da sentença ter decidido sobre o mérito, e o acórdão não unânime não fazer o mesmo, não se está diante de cabimento para tais embargos. Ou ainda,

²¹⁶ STJ, 4.a T., Resp n. 503.073/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.06.03, DJU 06.10.03, p. 280.

mesmo quando reforma de modo não unânime, em sede de agravo retido a sentença, desde que a matéria seja de mérito, o posicionamento é de que o acórdão por maioria deve examinar matéria de mérito. Por isso, como todo respeito, discorda-se de Araken de Assis, que não admite os referidos embargos no caso ora analisado por entender o processualista gaúcho que a sentença deve decidir obrigatoriamente sobre o mérito, não bastando somente o acórdão não unânime proferir decisão meritória²¹⁷. Neste ponto, ora se posiciona com Humberto Theodoro Junior²¹⁸, que entende ser possível o cabimento de embargos infringentes quando o acórdão não unânime reforma sentença terminativa, e com base no art. 515, §3º, afasta a preliminar e decide o mérito da causa. Para o processualista mineiro, o que importa é que o acórdão não unânime tenha decidido questão meritória, no que acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça²¹⁹.

No outro caso mencionado, o de: (a) haver sentença de mérito julgando improcedente o pedido: (b) o relator, utilizando os poderes que lhe são conferidos o art. 557 do CPC, dar provimento ao recurso de apelação e o conseqüente julgamento por improcedência do pedido em primeiro grau de jurisdição; (c) a turma, ante a interposição de agravo interno, confirmar a decisão monocrática por maioria.

No presente caso, para efeitos práticos, houve uma manifestação do órgão colegiado que julgou o agravo interno sobre as razões do recurso de apelação cível, não importando se a provocação da decisão colegiada se deu por causa de uma decisão monocrática.²²⁰ Mesmo raciocínio ocorre na ação rescisória. Se o relator indeferir a petição inicial, e a turma por

²¹⁷ “A luz do regime em vigor, não basta que o acórdão tenha examinado o mérito. É preciso que, a sentença também se situe nesses domínios. Por tal motivo, não cabem os embargos infringentes.” (ASSIS, Araken de. Embargos infringentes. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, pp. 28-29. v. 9). No mesmo sentido: SOUZA, Fernanda Siqueira Cunha de. O que se entende por reforma da decisão para fins de cabimento de embargos infringentes? In: *Revista de Processo* n. 153. São Paulo: RT, novembro de 2007, p. 224.

²¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 40.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 243. v. I.

²¹⁹ “a interpretação deverá ser aquela em consonância com a finalidade e com o próprio espírito que norteou a ‘reforma’, a de restringir o cabimento de recurso contra decisões extintivas. Destarte, apenas contra aqueles acórdãos que, em grau de apelação, decidir reformar a sentença, tratando o mérito da pretensão, é que deve ter cabimento os embargos infringentes.” (STJ, 4.a T., Resp n. 503.073/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 06.10.03).

²²⁰ Neste sentido: Araken de Assis. *Idem*, pp. 30-31.

maioria, reformar a decisão monocrática, dando por procedente a ação rescisória, aberta está a via dos embargos infringentes.

Os embargos infringentes não pressupõem uma reversão completa do julgado da apelação cível. É necessária a simples reforma da sentença, decidindo o acórdão não unânime sobre questão de mérito. Não é necessário o confrontamento entre a sentença de mérito dando pela procedência do pedido juntamente com o voto vencido a acompanhando a decisão de primeiro grau, com os votos majoritários dando provimento ao recurso e julgando improcedente a demanda.

Não é necessária essa divergência total de dois pronunciamentos em pensamentos completamente opostos, voto vencido e sentença entendendo ter o autor a razão, e os votos predominantes entendendo pela inexistência. Basta a simples reforma da sentença por maioria de questão, em acórdão decidindo sobre o mérito.

Isso é muito visível no caso do valor da indenização. Sentença julga procedente o pedido, condenando o réu a pagar X reais. O Tribunal reforma a sentença por maioria para condenar o réu ao pagamento de 3 X reais, sendo o voto vencido o opinando pela condenação de 5 X reais. Vê-se que não há ninguém opinando pela inexistência de indenização, nem há a situação do voto vencido estar no mesmo sentido da sentença, mas há o exigido pelo artigo 530 do CPC, que seja, a simples reforma da sentença por maioria, decidindo questão de mérito.

Mas a questão não é pacífica. Existe manifestação do tribunal gaúcho de que a mera discussão do valor da indenização não dá ensejo à interposição de embargos infringentes, justamente porque não há conflito quanto à procedência ou improcedência da demanda, e o valor da indenização não seria condizente com o mérito²²¹. No entanto há decisões de outros tribunais confirmando de que a discussão de valor de indenização é matéria objeto de recurso de embargos infringentes²²². José Carlos Barbosa Moreira²²³

²²¹ “Embargos Infringentes. Cabimento. Sentença reformada por unanimidade quanto ao mérito. Divergência do acórdão tão somente quanto ao valor da indenização. Não havendo divergência quanto ao mérito, descabe a interposição dos Embargos Infringentes. Precedentes. Não conheceram. (TJRS, 5.o Grupo de Câms Cívs., EmbInf n. 70008100190, rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 16.04.2004, disponível em www.tj.rs.gov.br)

²²² “Embargos Infringentes. Ação Indenizatória. Homicídio. Vítima Sob a Custódia de Policiais Militares. Quantum Indenizatório. 1. Preliminar. Não Conhecimento. Rejeição. Divergência

já manifestou entendimento sobre o assunto, exteriorizando opinião de que é perfeitamente cabível o recurso de embargos de embargos infringentes para discutir o valor da indenização, indo no mesmo sentido da jurisprudência²²⁴ que preceitua que para o cabimento dos embargos infringentes, basta a interpretação gramatical do art. 530 do CPC, ou seja, basta haver um acórdão por maioria, que decida o mérito da questão, e reforme sentença, seja em que grau for, ou julgue procedente ação rescisória.

Constata-se que, poderia o autor, no exemplo trazido à baila, embargar na forma infringente visando aumentar o valor da indenização de 3 X para 5 X, podendo, caso seja julgado parcialmente procedente, obter uma

que se limita à discussão, tocante à quantificação do dano moral, que se identifica com o mérito da questão. Observância dos pressupostos constantes do art. 530 do CPC. Precedentes deste órgão julgador. Embargos que se conhece parcialmente. Prefacial rejeitada. 2. Mérito. Na fixação do valor indenizatório deve o magistrado, por seu prudente arbítrio, levar em consideração as condições econômicas e sociais do ofendido e do agressor; a gravidade potencial da falta cometida; as circunstâncias do fato; o comportamento do ofendido e do ofensor; sem esquecer o caráter punitivo da verba e que a reparação não pode servir de causa a enriquecimento injustificado. Quantificação fixada na sentença (50 salários mínimos) e majorada, por maioria, pela Nona Câmara Cível, para 300 salários mínimos, vencido o Relator, que a fixava em 80 salários mínimos. Circunstâncias em que ocorreu o homicídio que sobrelevam na quantificação do dano moral. Agente do ilícito vestida de enfermeira, que ingressa no hospital, onde se encontrava a vítima, sob custódia da Brigada Militar, por ter sido preso em flagrante, acusado da morte de um policial. Policial responsável pela custódia absolvido pelo Tribunal do Júri das acusações que lhe foram feitas. Não-demonstração de convivência dos agentes da custódia, que inclusive reagiram à ação criminosa, restando feridos. Vítima que, como vigia, percebia um salário mínimo mensal. Família de parcas condições econômicas, que litigou, inclusive, sob o amparo da assistência judiciária gratuita. Filhos da vítima todos maiores de idade. Condições econômico-financeiras do Estado. Pretensão exposta nos embargos que parcialmente se acolhe, diante do conjunto de circunstâncias verificado na hipótese. Fixação do quantum em 100 salários mínimos. Prefacial Rejeitada. Embargos Infringentes Parcialmente Acolhidos.” (TJRS, 5.º Gr. de Câms. Cívs., EmbInfrin n. 70008147308, rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 18.11.2005, disponível em www.tj.rs.gov.br, g. n.)

²²³ “Suponhamos que o autor houvesse pedido 100, e no juízo da apelação obtivesse 80, com voto vencido que lhe concedia 85. Neste caso, os embargos não poderiam visar senão ao acréscimo dos 5, que correspondem ao plus do voto vencido sobre o pronunciamento da maioria. Se o embargante pleiteia os 5, pode o órgão ad quem manter a condenação em 80, negando provimento aos embargos, elevá-la para 85, dando-lhes provimento total, ou fixá-la em quantum entre 80 e 85, provendo parcialmente o recurso.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 537. v. 5)

²²⁴ “Se o voto majoritário proferido em julgamento do recurso de apelação, altera, ainda que parcialmente a sentença, perfeitamente cabível é a oposição de embargos infringentes, eis que preenchidos os requisitos do artigo 530 do Código de Processo Civil. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares.” (TJPR, 7.ª Câm. Cív. em Composição Integral, EmbInfr. n. 0138752-2/02, rel. Des. Mário Rau, j. 02.05.06, *DJPR* n. 7137)

indenização de 4 X. Ou seja, o efeito devolutivo dos embargos infringentes restringe-se ao voto vencido e à decisão embargada, podendo o resultado do recurso ser somente “entre” esses dois sob pena de *reformatio in pejus* para o embargante. Podem ser alterados os fundamentos jurídicos do voto vencido, mas o resultado a ser obtido poderá sempre ser o mesmo do voto vencido, não mais. Da mesma forma, não pode o resultado do recurso de embargos infringentes diminuir o que o embargante tinha no acórdão por maioria.

3.6 OS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Os recursos excepcionais são recursos de sentido estrito, se atinem somente à interpretação de legislação constitucional (caso do recurso extraordinário) e infraconstitucional (caso do recurso especial, no caso, a apreciação somente de leis federais), destinados os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça respectivamente) e, por consequência, são recursos que norteiam a magistratura brasileira quanto à aplicação adequada das leis, e por isso, de vital importância para nosso ordenamento jurídico.

Não é a intenção do presente trabalho adentrar nas mais espinhosas e complexas questões envolvendo os recursos ora ventilados. Aqui se pretende somente definir alguns conceitos básicos para fundamentar algumas conclusões a serem tomadas, bem como explanar algumas superficiais opiniões acerca dos recursos especial e extraordinário.

Os recursos especial e extraordinário recebem a denominação de excepcionais, segundo sabiamente ministra Rodolfo de Camargo Mancuso porque “são características comuns a esses recursos: (a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; (b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido; (c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; (d) apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o Tribunal *a quo* e outra perante o Tribunal *ad*

quem; (e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na CF/88 e não no CPC e; (f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.”²²⁵

O prévio esgotamento das instâncias ordinárias implica em manejar todos os meios recursais cabíveis antes de se invadir a via excepcional. Isso para sedimentar um entendimento do tribunal local acerca da matéria a ser discutida, bem como para tentar provocar uma resolução anterior da lide, e impedir o acesso aos tribunais superiores, que deve ser dado somente no caso de flagrante interpretação errônea de lei federal ao caso concreto.

Os recursos excepcionais pressupõem a decisão da causa em última ou única instância. “No conceito de causa compreende-se todas as decisões de última ou única instância, ainda que incidentais, proferidas pelos tribunais, no exercício da jurisdição, em procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa.”²²⁶ Ou seja, em regra, é possível a recorribilidade de todas as decisões judiciais.

Das decisões interlocutórias, por ser obrigatória a apreciação na via excepcional ante o art. 5º, XXXV, da CF/88, desde que apresentado o agravo de instrumento e julgado por órgão colegiado, pois se não, imprescindível a interposição de agravo interno para a apreciação de órgão colegiado, e também porque “havia” recurso cabível. No caso de recurso excepcional visando impugnar agravo de instrumento, há uma restrição imposta pelo art. 542, §3º., determinando que estes fiquem retidos para apreciação quando do recurso excepcional da apelação cível. Situação que pode ser ultrapassada no caso de demonstração de necessidade de julgamento imediato como no caso de agravos de instrumento que apreciem liminares, ou ainda questões complexas como a retirada de litisconsorte passivo da demanda.²²⁷

²²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 99.

²²⁶ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, pp. 228-229.

²²⁷ “Em nosso entender, e por isso trouxemos novamente à discussão no item anterior o conceito, que nos parece ser o correto, de sentença, esse raciocínio também se aplica às decisões (que como dissemos, são agraváveis) de que antes falamos. Assim, ainda que agraváveis, pensamos deverem submeter-se ao regime de subida imediata os recursos extraordinário e especial interpostos contra decisões (acórdãos) que confirmem, por exemplo, exclusão de litisconsorte facultativo, decisão que extingue liminarmente, oposição ou reconvenção.”(Sobre a incidência dos recursos especial e extraordinário retidos e

No caso típico de recurso especial de acórdão de apelação cível, a regra da “causa decidida em última instância” também se encontra em dois casos: (a) na obrigatoriedade do Tribunal decidir na forma colegiada; (b) na obrigatoriedade de apresentação de embargos infringentes se cabíveis. Tal requisito é exigência da Súmula 207 do STJ²²⁸.

A norma trata também de decisões em “única instância” que caberão recurso excepcional”. Tal expressão se encontra presente na CF/88 devido às causas de competência originária dos tribunais locais que não cabam recurso ordinário ao STJ, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*. É o caso da ação rescisória, por exemplo, onde estará diretamente aberta a via excepcional de um julgamento de única instância.

Lembrando-se que no caso da ação rescisória também incide a Súmula 207 do STJ caso haja o julgamento pelo provimento da mesma por maioria de votos.

Os recursos especial e extraordinário não são passíveis de ter como objeto a injustiça da decisão como na apelação cível. Da mesma forma que nos embargos de declaração, onde somente se pode apresentar as matérias constantes no artigo 535 do CPC, somente é possível em sede de tribunal superior, alegar uma incorreta interpretação de lei federal ou da Constituição da República. Não poderia o recorrente argumentar que um laudo pericial avaliou de forma errada os fatos, poder-se-ia alegar a inexistência de intimação para se manifestar sobre o laudo, por exemplo.

Em sede excepcional, os pressupostos de admissibilidade são basicamente três: (a) o esgotamento das vias recursais pelo órgão colegiado; (b) ter sido alegado interpretação errônea de lei federal²²⁹; (c) e ter sido o tribunal de origem provocado sobre a referida interpretação, se manifestado de forma a se detectar de forma expressa a infração à lei federal, ou ainda se manifestado expressamente sobre o dispositivo legal alegado como violado. É

“interlocutórias” que são sentenças. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 532.

²²⁸ É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem.

²²⁹ Sendo a alegação de violação de lei como condição de admissibilidade dos recursos excepcionais, cf. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: *Revista de Processo* n. 59, São Paulo: RT, p. 9)

o chamado prequestionamento da questão federal ou constitucional de forma implícita (itens “a” e “b”) e explícita (item “c”), respectivamente.

Deve-se alegar a “incompatibilidade entre a tese da decisão impugnada e alguma norma jurídica federal”²³⁰, para poder ser admitido o recurso excepcional. É vedada a discussão fática nesses recursos²³¹, bem como a interpretação de cláusula contratual, justamente por não se poder ventilar a injustiça da decisão perante os fatos, mas somente a interpretação de leis. Tais recursos “impõem limitações cognitivas que se refletem na proporcional redução da capacidade investigatória das instâncias julgadoras *ad quem*, redução revelada tanto na investigação de questão de fato como de direito. Se em todos os recursos essa redução pode ser sentida, ela é muito mais justificável no contexto de um recurso que é, por definição, excepcional.”²³²

Os ora trazidos pressupostos de admissibilidade dos recursos excepcionais são comuns aos dois recursos, tanto especial quanto extraordinário. Os pressupostos exclusivos, porém, são poucos.

O recurso extraordinário exige a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, §3º da CF/88). “Assim, precisará o recorrente demonstrar que o tema constitucional discutido no recurso extraordinário tem uma relevância que transcende àquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral. Pode-se dizer, desse modo, que, para admissibilidade do recurso extraordinário, a questão constitucional deve ser qualificada pela característica indicada no art. art. 102, par. 3.o da CF.”²³³

O Código de Processo Civil, em seu artigo 543-A, inserido pela Lei n. 11.418/06, estabelece que se o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível e colegiada, poderá negar seguimento ao recurso extraordinário, e tal decisão valerá para todos os outros recursos que contenham a mesma matéria (art. 543-A, § 5º), resultando numa súmula (art. 543-A, §7º.).

²³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005, p. 496)

²³¹ Cf. Súmula 07/STJ.

²³² MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial*. São Paulo: RT, 2006, p. 179.

²³³ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial. Breves considerações*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 1052.

No caso de recurso especial, o requisito de admissibilidade exclusivo ocorre quando o recurso for interposto com base no art. 105, III, “c” da CF/88, ou seja, no caso de além de interpretação errônea do Tribunal local, houver acórdãos (acórdãos paradigmas) de outros tribunais, que sejam no mesmo sentido da tese desenvolvida pelo recorrente quanto à questão federal, e não conflitante com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A juntada desses acórdãos paradigmas se faz imprescindível, porém nesse caso não se faz preenchido a simples cópia autenticada pelo advogado como no caso de agravo de instrumento (cf. item 3.2, *retro*). Era necessária a autenticação pelo Tribunal prolator do acórdão, impressão do acórdão paradigma pela Revista Eletrônica de Jurisprudência se o acórdão fosse proveniente do STJ, ou ainda que fosse juntada cópia do acórdão e citação da publicação no que se denomina como Repertório Autorizado de Jurisprudência conforma previstos no art. 255, parágrafos 1º à 3º, do RISTJ. A partir da promulgação da Lei n. 11.341/06, que alterou o parágrafo único do artigo 541 do CPC, o requisito do repertório autorizado foi mitigado com o intuito de desburocratizar a interposição de recursos especiais com base na alínea “c” do art. 105, III, da CF/88.

De acordo com a legislação citada, basta a impressão do acórdão na íntegra da página da rede mundial de computadores e a indicação do *link* completo se encontrar o acórdão na íntegra²³⁴.

Outra característica peculiar dos recursos especial e extraordinário se encontra no destinatário do juízo de admissibilidade dos mesmos. Está-se diante de um juízo bipartido, sendo obrigatória a interposição

²³⁴ “Esta possibilidade, agora prevista pela nova redação do parágrafo único, facilita e desburocratiza a comprovação da divergência. Porém, a juntada de reprodução de acórdão disponível na Internet pressupõe requisitos e configurações mínimos exigíveis, afim de comprovar a origem do acórdão, evitar falsificações e facilitar o trabalhos dos serventuários (que não precisam de conferir a origem de todos os arestos juntados aos recursos), como a indicação precisa do “caminho” que leva ao acórdão no *web site* do tribunal correspondente. A fixação dos requisitos poderá ficar a cargo de cada tribunal.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 926) “Com esta alteração, torna-se possível a citação de decisões proferidas por outros Tribunais, extraídas das páginas que os mesmos mantêm na Internet. Exige a norma a indicação da fonte de onde foi extraída a decisão, com a finalidade de permitir-se a conferência quanto à existência do julgado e fidelidade do teor transcrito àquilo que consta da página do Tribunal. Não fosse assim, não seria possível o controle objetivo acerca da existência e conteúdo da decisão apontada como paradigma.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 238. v. 3.)

do recurso perante o tribunal local, para este realizar o primeiro filtro, desde que atinente aos pressupostos de admissibilidade, para somente após o despacho admitindo o recurso, determinar o regular processamento do recurso com a intimação para contra-razoar, e, posteriormente, se feito o juízo positivo, o envio dos autos ao Tribunal superior competente.

A última das características que eivam do caráter de excepcionalidade os recursos ora ventilados é no tocante à legislação que os prevêem. Por serem recursos onde os Tribunais superiores exercem a revisão das decisões dos tribunais locais, a previsão dos mesmos se encontra na Constituição Federal. Por mais que também haja alguma regulamentação na legislação infraconstitucional, os pressupostos de admissibilidade sempre estarão previstos na Carta Magna. Exemplos, a CF/88 prevê o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário e da divergência jurisprudencial para o recurso especial, mas o CPC e demais legislações federais regulamentam como se operacionalizarão tais pressupostos.

CAPÍTULO 4 - DOS EFEITOS DOS RECURSOS

Os efeitos dos recursos são conseqüências ou regras que os recursos exaram ou possuem, desde o ato de sua interposição até o seu julgamento.

Ainda se está longe de uma sistematização da presença de todos os efeitos dos recursos. Além dos efeitos devolutivo e suspensivo, os únicos com unanimidade na doutrina no tocante à presença nos recursos, tem-se vários outros detectados, dependendo do ponto de vista ou mesmo do autor analisado. Por ora, compete ao presente trabalho fazer uma pincelada sobre os efeitos recursais e utilizar-se-á uma classificação nos termos do defendido por Cássio Scarpinella Bueno²³⁵, somada a uma abordagem do que se entende por efeito ativo de uma forma mais adequada.

Dos efeitos objetos de discussão, ainda há uma pequena divisão, no tocante ao momento de incidência do efeito recursal, se presente no momento da sua interposição (efeitos obstativo, suspensivo, regressivo e

²³⁵ Cássio Scarpinella Bueno. Os efeitos dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2006, pp. 66 e segs. v. 10.

diferido) ou no momento do julgamento (devolutivo, translativo, expansivo e substitutivo).

4.1 DO EFEITO OBSTATIVO

O efeito obstativo é o primeiro dos efeitos que um recurso exterioriza, ocorre no momento da interposição do mesmo. É a qualidade de inibir a preclusão sobre da discussão da matéria (ou coisa julgada, dependendo do caso), manter o objeto recursal com possibilidade de reforma.

A rigor, esse pode não parecer um efeito recursal, pois já se trata de própria conseqüência automática da interposição do recurso. No entanto, conforme adverte Cássio Scarpinella Bueno, trata-se de relação tênue entre o inconformismo recursal e a apresentação do recurso, ou seja, é o primeiro dos objetivos do recorrente, interpor o recurso dentro do prazo deste, para suprir o pressuposto extrínseco da tempestividade, mas também para manter viva a relação processual²³⁶, seja sobre fatos surgidos no processo para evitar a preclusão, seja do próprio objeto da ação para evitar a litispendência.

Cândido Rangel Dinamarco segue a mesma corrente de pensamento ao afirmar que “no direito processual civil brasileiro, toda interposição recursal tem o efeito direto e imediato de prevenir a preclusão temporal, a qual fatalmente ocorrerá se recurso algum for interposto”²³⁷, assim dando maior segurança na afirmação de que o impedimento da preclusão pela interposição realmente de efeito recursal se trata.

²³⁶ “A interposição de todo e qualquer recurso cria um primeiro efeito (uma primeira conseqüência, de acordo com uma visão mais crítica do assunto) que é de obstar a ocorrência de preclusão (coisa julgada formal) e, em se tratando de sentença que aprecia o mérito em primeiro grau de jurisdição ou nos próprios segmentos recursais, a formação de coisa julgada material. (BUENO, Cássio Scarpinella. Os efeitos dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 69. v. 10). “Todos os recursos admissíveis produzem, no direito pátrio, um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. art. 467)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13.a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 257. v. 5)

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002, p. 26. v. 5.

Nelson Nery Junior traz que o efeito obstativo não impede a preclusão, mas somente a adia²³⁸, o que, verificando que em todo recurso operar-se-á um efeito substitutivo (cf. art. 512), mesmo com seu provimento negado, prevalecerá a decisão colegiada em detrimento da decisão do juízo *a quo*. Assim, não mais está se ventilando a preclusão da decisão do juízo de primeiro grau, mas do Tribunal, o que se conclui que a preclusão quanto àquela realmente foi impedida, e num momento posterior, só poderia ocorrer a preclusão desta, a decisão de segundo grau.

Desta forma, realmente existente o efeito obstativo por este efetivamente impedir a preclusão da matéria objeto do recurso.

4.2 DO EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo é a “qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso. Qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso”²³⁹. É um impeditivo de que a decisão recorrida produza seus efeitos práticos de imediato que pode ser concedido em qualquer recurso.²⁴⁰

O efeito suspensivo ocorre de decisões positivas, ou seja, quando há uma decisão para que se pratique uma conduta, e há a concessão de efeito suspensivo, essa conduta somente poderá ocorrer se revertida a decisão sobre o efeito suspensivo ou no caso de provimento do recurso interposto.

Normalmente, devido à nova sistemática processual civil brasileira, o efeito suspensivo será concedido *ope iudicis*, ou seja, por determinação do juiz, e não pela ocorrência de um efeito automático. Esse efeito automático ocorre nos casos onde a apelação cível não se enquadra no rol do art. 520 do CPC.

O destinatário do requerimento do efeito suspensivo será, na maioria dos casos, o relator do recurso. Porém, conforme se verá adiante, em

²³⁸ *Apud*: Idem. p. 27

²³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 383.

²⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Nery. Constituição Federal Comentada*. São Paulo: RT, 2006, p. 511.

situações urgentes, o próprio prolator da decisão recorrida poderá conceder o efeito suspensivo.

Apesar de ser um dos temas mais comentados e conhecidos do processo civil, o efeito suspensivo é, a rigor, tema a ser superado. Isso porque, quando se propõe um recurso, quando concedido o efeito suspensivo, e nada mais do que se quer é a não mais produção de efeitos da decisão recorrida, está, por óbvio, antecipando os efeitos da própria tutela recursal.

Já é hora de se pensar o efeito suspensivo para dentro do próprio recurso, como sendo um modo de atribuir a antecipação dos efeitos da tutela recursal, e não mais o efeito suspensivo como sendo um modo de se receber o recurso.

Não se visa aqui o fim do efeito suspensivo, mas apenas a sua análise sobre outra ótica.

Como dito, o efeito suspensivo dos recursos vem sofrendo uma mitigação por se visar cada vez mais a efetividade imediata das decisões. Como é cediço, o artigo 14 da Lei n. 7.347/85 determina que ao juiz de primeiro grau cabe a decisão sobre o efeito ativo (cf. item seguinte) ou suspensivo da apelação cível. Pois bem, autores como Ricardo de Barros Leonel²⁴¹, chegam ao ponto de opinar pela efetividade da decisão de imediato, logo após a assinatura da decisão judicial, antes mesmo da intimação. Respeitando a opinião do membro do Ministério Público e processualista em mitigar o efeito suspensivo da apelação e dar efetividade às decisões judiciais, não poderia

²⁴¹ “De fato, é possível observar que a sistemática do processo coletivo, nada obstante colha subsídios no processo civil de natureza individual, possui características próprias que decorram da regulamentação especial estabelecida no ordenamento em vigor. Um desses aspectos particulares diz respeito justamente à imediata eficácia das decisões de primeiro grau, e conseqüentemente à possibilidade de execução ainda na pendência do prazo para interposição de recurso ou do próprio julgamento a impugnação que tenha sido proposta.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 514. v. 9). Em se tratando de recursos no processo coletivo, o próprio Ricardo de Barros Leonel entende que o efeito suspensivo deve ser concedido quando presentes os requisitos das medidas urgentes (inclusive até de ofício, In: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: RT, 2002., pp. 364-365), o que concorda. Pois bem, justamente por isso que o juiz deve aguardar a expiração do prazo para a apelação cível, ou a interposição da mesma, para apreciar o efeito suspensivo, isso com o fim de evitar a produção de efeitos da decisão, e posteriormente se verificar os requisitos do efeito suspensivo. Gregório Assagra de Almeida entende que a concessão de efeito suspensivo na apelação nas ações coletivas, deve ser concedido somente para ressaltar irreparável dano ao réu. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 364.

uma decisão ter efetividade imediata numa ação de um grau de complexidade como uma ação civil pública. O mais adequado é determinar a intimação do réu, para após a apelação cível ser apresentada, onde o magistrado poderá verificar se a própria decisão por ele tomada está em toda a sua forma correta, e assim decidir se a decisão terá efeitos imediatos ou não.

Com efeito, detalhes e regras sobre o efeito suspensivo, que ora se posiciona como uma antecipação dos efeitos da tutela recursal, serão mais bem apresentados em capítulo específico para o tema (Capítulo 5, *supra*).

4.3 DO EFEITO ATIVO

O efeito ativo fora detectado, em princípio, pelos processualistas Eduardo Talamini²⁴² e Cássio Scarpinella Bueno²⁴³, e nada mais é do que “o contrário” do efeito suspensivo. Enquanto o efeito suspensivo é o impedimento de que uma decisão positiva produza efeitos, e se visa que essa decisão não mais produza efeitos em sede de tutela recursal, portanto, é a antecipação dos efeitos da tutela recursal contra uma decisão positiva. Quando se fala em efeito ativo, o que se busca é a produção de efeitos imediatos já no despacho de admissibilidade do recurso, ou seja, é a antecipação dos efeitos da tutela recursal contra decisões negativas.

Quando se recorre de uma decisão que denega uma liminar, por exemplo, “e interposto o agravo contra essa decisão interlocutória negativa, o agravante pode necessitar da providência para evitar, por exemplo, perecimento do direito. É possível que o tribunal, ao receber o agravo de instrumento, adiante imediatamente a providência pedida como mérito do agravo ou algum dos seus efeitos. Essa decisão antecipatória pode ser proferida pelo relator, que é o juiz preparador do recurso de agravo, *ad referendum* do órgão colegiado competente para julgar o recurso, que pode manter ou revogar a decisão provisória do relator²⁴⁴”. Essa decisão é

²⁴² A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. In: *Revista de Processo* n. 80, p. 125 *et seq.*

²⁴³ *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ª ed., São Paulo: Ed RT, 2000, p. 266.

²⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 423.

comumente conhecida como “dar efeito ativo ao agravo” com base nos arts. 527, III, e 588 do CPC.

Em obstante a explanação, da mesma forma que ocorre com o efeito suspensivo, trata-se de antecipação dos efeitos da tutela recursal, embora de decisões negativas, e desta forma, também será objeto de melhor estudo no Capítulo 5, *supra*.

4.4 DO EFEITO REGRESSIVO

O efeito regressivo decorre da falta, pelo menos em princípio e de forma imediata, da utilização do princípio do duplo grau de jurisdição em alguns recursos. Ocorre quando a matéria é reapreciada pelo próprio juiz prolator da decisão recorrida. Não ocorre o efeito devolutivo na sua forma mais, qual seja, a de transferência da matéria impugnada a outro grau de jurisdição.

O efeito regressivo advém justamente desse “retorno” da matéria impugnada ao juiz *a quo*. Isso ocorre nos embargos de declaração, onde apesar da característica recursal a esse meio de impugnação, o próprio juiz prolator da decisão impugnada o aprecia, desde que tempestivo, e interposto na fundamentação vinculada que preceitua o art. 535 do CPC.

Outro caso de incidência do efeito regressivo ocorre com o agravo retido. Apesar de o tribunal local ser o destinatário do recurso de agravo, quando interposto (ou admitido) na forma retida, e isso ocorrerá na maioria dos casos ante as modificações oriundas da Lei n. 11.187/05, somente o juízo *a quo* poderá rever a decisão impugnada durante a lide em primeiro grau de jurisdição. Portanto, incidente o efeito regressivo também no agravo retido durante a primeira instância jurisdicional.

4.5 DO EFEITO DIFERIDO

O efeito diferido dos recursos ocorre quando um dos meios de impugnação previstos no art. 496 do CPC, ou outro previsto em lei ordinária possui uma relação de dependência com outro recurso para que seja possibilitado o seu conhecimento. Acontece quando um recurso só tem apreciação quando o dito recurso “principal” também o tiver.

Tal fato é encontrado no recurso de agravo na modalidade retida. O art. 523, §1º, prevê expressamente que tal agravo somente será conhecido se, em sede de apelação cível, for alegado em preliminar o conhecimento deste. Ou seja, o agravo retido não é conhecido independentemente, não é conhecido se a apelação cível não o for; se houver desistência do recurso de apelação cível; ou ainda não houver o requerimento de apreciação do agravo retido em preliminar de apelação.

Outro caso de incidência de efeito diferido nos recursos acontece com o recurso adesivo. Quando, por exemplo, for interposto um recurso especial (permitido pelo art. 500, II, CPC), mas esse tiver o exame de admissibilidade positivo, o recurso adesivo apresentado no momento das contra-razões também não o será. O recurso adesivo depende sempre do conhecimento do recurso principal, e qualquer dos fatos estampados no art. 500, III, do CPC, impede o conhecimento do recurso.

Dessa forma, sempre que um recurso, depender do recebimento de outro recurso, ou mesmo de reiteração posterior, desde que em outro recurso, está-se diante do efeito diferido dos recursos, pois o juízo de admissibilidade fica postergado para outro recurso.

4.6 DO EFEITO DEVOLUTIVO

Dos efeitos recursais quanto ao julgamento, o primeiro deles é o efeito devolutivo, pois é a delimitação da matéria que o julgador se baseará. É efeito, indiscutivelmente pertencente a todos os recursos. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira²⁴⁵ entende como efeito devolutivo a matéria impugnada pelo apelante nas razões e pedido recursais, ou seja, remete ao tribunal o conhecimento sobre todos os fatos ocorridos na lide primeiro grau.

Algumas considerações devem ser feitas.

Devolver significa, no glossário da técnica recursal, transferir: quando um recurso é interposto, o julgamento da causa ou de uma demanda incidente é devolvido ao órgão superior, ou transferido a ele o poder de

²⁴⁵ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Novos contornos do efeito devolutivo do recurso de apelação. In: FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 1000.

julgar.²⁴⁶ O efeito devolutivo direto ocorre somente no agravo, pois somente neste recurso é que o desembargador examina desde o princípio a admissibilidade. Nos demais recursos, a matéria de admissibilidade é primeiramente conhecida pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida, podendo este negar seguimento ao recurso ante a inocorrência de pressupostos extrínsecos de admissibilidade, e somente após superada essa fase é que o recurso chegará ao destinatário do recurso.

A devolução ao órgão *ad quem* é realizada de forma gradual, primeiramente realiza o exame de admissibilidade para, posteriormente, o mérito recursal. E mesmo no mérito recursal, o efeito devolutivo incide sob duas perspectivas para o destinatário do recurso: (a) a perspectiva horizontal, que se traduz na matéria relacionada ao requerimento feito; a (b) vertical, sendo esta representada pelo conjunto de questões suscetíveis de serem apreciadas; e ainda (c) a perspectiva subjetiva, sendo esta o conjunto de sujeitos a serem atingidos pelo recurso.

Em síntese, o efeito devolutivo decorre do princípio dispositivo, impedindo que o tribunal conheça de matéria que não foi objeto do pedido do recorrente (CPC, 128 e 460)²⁴⁷, somado às conseqüências do princípio do contraditório advindas das contra-razões recursais. Ressalvas acontecem na apelação cível e nos embargos infringentes, onde há uma decisão que põe fim à lide em segundo grau de jurisdição.

Nesses casos, incorre o chamado efeito translativo (cf. item seguinte), pois pode o desembargador conhecer de qualquer matéria de ordem pública em sede recursal.

O efeito devolutivo, em regra, devolve ao tribunal toda a causa para discussão em sede recursal. Restrições mais aparentes ocorrem no agravo de instrumento, que sofre restrições tanto do ponto de vista vertical (conjunto de questões)²⁴⁸, quanto horizontal (os fatos alegados na decisão)²⁴⁹,

²⁴⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002, p. 31. v. 5.

²⁴⁷ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 814.

²⁴⁸ Não poderia em sede de agravo de instrumento ser decretada a ilegitimidade de parte, por exemplo, se não requerida. Cf. "Ao Tribunal não é dado, de ofício, reconhecer a carência de ação e extinguir o processo sem o conhecimento do mérito, no recurso de agravo de instrumento manifestado pelos requerentes, visando a ampliar os efeitos da tutela

e também nos embargos infringentes, onde, apesar de se poder conhecer de todas as questões, não poderia conhecer de fatos não constantes no voto vencido.

Em suma, o efeito devolutivo é “é o dever de julgamento, por parte de algum órgão do Poder Judiciário, proporcionado por meio da interposição de recurso admissível, para apreciação de determinadas matérias objeto do recurso, bem como daquelas cuja apreciação se faz por força de lei.”²⁵⁰ Essa seria a conceituação mais completa no que tange ao efeito devolutivo.

4.7 DO EFEITO TRANSLATIVO

O efeito translativo, na verdade, não é um feito independente, pois também trata-se de matérias passíveis de conhecimento pelo desembargador, ou seja, é um complemento do efeito devolutivo, pois permite ao desembargador, além de conhecer das matérias devolvidas pelas partes recorrentes, que por inteligência dos arts. 267, §3º, e 301, §4º do CPC e outros dispositivos legais, permite ao destinatário do recurso conhecer de matérias de ordem pública independentemente da manifestação das partes.

Pode o desembargador conhecer de ilegitimidade de parte quando se discute, em grau de apelação ou embargos infringentes, somente o valor de indenização. Essa é a consequência clássica do efeito translativo dos recursos.

antecipatória. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, 4.a T., REsp 363529/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.02.2005, DJU 28.03.2005, p. 259) “Embora a legitimidade das partes seja matéria de ordem pública, apreciável a qualquer tempo e grau de jurisdição, a postergação da sua análise para quando da apreciação do mérito da ação não acarreta prejuízo quando a ela se confunde. Além do mais, o Tribunal encontra-se restrito à análise do acerto ou desacerto da decisão, sendo obstado discorrer sobre questões não deliberadas, já que importaria em supressão de instância”. (TJSC, 3ª Câmara Cív., AgIn n. 2006.022853-4, rel. Des. Fernando Carioni, j. 30.01.2007).

²⁴⁹ Não poderia o desembargador conhecer fatos não alegados em agravo. Não há como o desembargador anular uma decisão inteira, quando somente se recorre quanto a outro capítulo da decisão. Cf. “o agravo tem efeito devolutivo diferido: a matéria transfere-se ao conhecimento do órgão *ad quem* sem deixar de submeter-se, antes, ao reexame do órgão *a quo* (arts. 523, § 2º, e 529). A devolução limita-se à questão resolvida pela decisão que se recorreu, na medida da impugnação: nada mais compete ao tribunal apreciar, em conhecendo o recurso” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13.a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 498. v. 5)

²⁵⁰ BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação*. São Paulo: RT, 2007, p. 43.

4.8 DO EFEITO EXPANSIVO

O efeito expansivo incide nos recursos quando há uma relação de prejudicialidade de um recurso sobre outro. “O efeito expansivo deve ser entendido como as conseqüências que o julgamento do recurso tem aptidão de acarretar na decisão recorrida e seus efeitos para o próprio processo, para outro processo (assim entendido o eventual “desdobramento”, em sede recursal, de um mesmo processo), e até mesmo, para eventuais outros sujeitos, que não recorrentes.”²⁵¹

O efeito expansivo será interno quando decisões em um recurso prejudicar outras matérias discutidas neste, como no caso de uma apelação provida por ilegitimidade de parte prejudicar todas as matérias discutidas nas razões recursais. O efeito expansivo externo já ocorre quando uma decisão em um recurso X poder influir numa decisão do recurso Y, o que ocorre numa apelação cível provida, quando não detinha efeito suspensivo, e tramitava execução provisória. A decisão será prejudicial a esta execução provisória.

O efeito expansivo objetivo ocorre nos exemplos acima descritos, quando há somente a prejudicialidade de uma matéria sobre outra, já o efeito expansivo subjetivo incide quando o julgamento do recurso atinge outras pessoas além do recorrente e recorrido. É o caso, por exemplo, do recurso interposto apenas por um dos litisconsortes unitariedade, onde a decisão dor recurso atingirá os demais litisconsortes em primeiro grau de jurisdição, mesmo eles não tendo participado da relação jurídica processual em grau de recurso.²⁵² É o preceituado pelo art. 509 do Código de Processo Civil.

4.9 DO EFEITO SUBSTITUTIVO

O efeito substitutivo é teoricamente o último dos efeitos que incide sobre o recurso. É a delimitação do que será substituído pela decisão do desembargador na decisão recorrida em primeiro grau de jurisdição.

²⁵¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Os efeitos dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006, p. 86, v. 10.

²⁵² Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 814.

Certo é que em nada acrescentará o acórdão de segundo grau à decisão recorrida quando tiver sido negado seguimento ao recurso. Nesse caso, sequer terá sido o mérito do recurso apreciado devido ao fato de a decisão do recurso ter apreciado somente os pressupostos de admissibilidade recursal e ter declarado inadmissível aquele.

Quando houver no recurso uma decisão que nega ou concede provimento ao mesmo, já que neste caso, a decisão prevalecente, e que será utilizada como base para se determinar onde se baseia a resolução da controvérsia posta em juízo é a decisão de segundo grau. É o que dispõe o art. 512 do CPC, que determina que o julgamento proferido pelo tribunal substitui a decisão recorrida objeto de recurso, desde que o recurso tenha sido conhecido.

É importante a identificação para saber se houve a incidência do efeito substitutivo ou não, por exemplo, quando se pensa em ação rescisória. Teoricamente, esta ação deveria ser ajuizada no tribunal estadual, porém, se tivera um recurso excepcional proposto contra a decisão rescindenda, e este foi conhecido, houve a substituição do acórdão de tribunal superior sobre o de tribunal estadual. Neste caso, a decisão a ser rescindida é a do tribunal superior, então lá é que deve ser proposta a ação rescisória.

CAPÍTULO 5 - DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Como se afirmou, a real natureza dos efeitos ativo e suspensivo antes ventilados (cf. itens 4.2 e 4.3, *retro*), de nada mais se trata do que da aplicação de uma modalidade das tutelas de urgência dos recursos, qual seja, a antecipação de tutela, visto, que, em sede recursal, esta sempre vai guardar relação com a urgência. Também, a título de elucidação, e diferenciação das tutelas de urgência nos recursos, far-se-á seu comparativo com as demais tutelas de urgência. Porém, antes de adentrar no tema da tutela de urgência nos recursos em espécie, deve-se estabelecer para uma melhor compreensão do tema, quais os conceitos que orbitam em torno das afirmações feitas, mais precisamente, no que se define como tutela de urgência e quais os provimentos onde essas se identificam. Além disso, é necessário distinguir um provimento de urgência de outro, em suma, detectar as tutelas de urgência no plano recursal.

5.1 O QUE SÃO TUTELAS DE URGÊNCIA, SUA CLASSIFICAÇÃO

A urgência significa qualidade do que é urgente, e este entendido como o que não se pode adiar, e necessita de resolução imediata.²⁵³ Ou seja, a urgência é caracterizada como uma situação que necessita de uma ação extremamente célere sob pena de inutilidade posterior.

Medidas de urgência são os provimentos que evitam o desgaste no processo provocado pelo tempo, que em virtude da demora, podem resultar em ineficácia de um provimento jurisdicional final. Encontramos tais provimentos de urgência nas conhecidas medidas liminares²⁵⁴, que nada mais são do que provimentos onde se alcançam, na totalidade ou somente em parte, os efeitos da tutela jurisdicional vislumbrada na sentença antes de sua prolação, sejam medidas cautelares ou antecipatórias do mérito (273, CPC).

As tutelas de urgência são classificadas, basicamente, em dois grandes grupos. O primeiro deles, detectado há mais tempo no Código de Processo Civil, seria o dos provimentos cautelares. Tais medidas visam resguardar o direito material sem guardar identidade com o objeto principal da demanda, por exemplo, o arresto e o seqüestro que não se identificam com a satisfação do crédito, pois este é entendido como pedido final de uma ação executiva, são os exemplos mais felizes de medidas cautelares.

O segundo grande grupo seriam as medidas antecipatórias, que basicamente, guardam os mesmos requisitos das medidas cautelares²⁵⁵, mas

²⁵³ Definições trazidas do *Dicionário Moderno da Língua Portuguesa*. Tomo II. Organizado por Afonso Telles Alves. São Paulo: Ed. Edigraf, p. 1028.

²⁵⁴ "No concernente ao termo "liminar", pensamos que está a indicar apenas o momento em que é proferido o pronunciamento judicial. A identificação da categoria não se faz pelo seu conteúdo, função ou natureza da medida. O critério é apenas cronológico. Toda liminar envolve antecipação da tutela pretendida (de natureza satisfativa ou preventiva), porquanto ocorrente antes da decisão final. Isto é, a liminar pode ter natureza de tutela de urgência (cautelar) ou tutela de evidência (tutela antecipada)." (SHIMURA, Sérgio. *Arresto Cautelar*. 3.^a ed., São Paulo: RT, 2005, pp. 49-50)

²⁵⁵ A grande maioria da doutrina distingue os requisitos para a concessão das medidas cautelares dos exigidos para a concessão de antecipatórias. Identificam o requisito de aparência do bom direito nas medidas antecipatórias, a verossimilhança, "no sentido de que aquilo que for narrado e provado parece ser verdadeiro." (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, p. 34), e que esse requisito possui uma maior certeza para a concessão da medida do que a medida cautelar, necessitando assim de um maior tónus cognitivo (cf. Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil. Vol. II*, p. 368.). Ocorre que o termo verossimilhança é o estado de cognição mais rarefeito, mais incerto, não deixando a certeza como característica da verossimilhança (Idéias retiradas a partir do direito italiano. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil Brasileiro*. 2.^a ed., 2.^a Tiragem. Campinas: Bookseller, 2000, p. 126.). Assim, não pode o estado mais rarefeito sobre o conhecimento de algo ser mais robusto que o conhecido *fumus boni juris*, tais requisitos se identificam. Daí o acerto de Eduardo Talamini (cf. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer*. 2.^a ed. p. 371) em sugerir um regime único para as tutelas de urgência. O

possuem identidade entre o efeito da liminar e a tutela jurisdicional propriamente dita. A medida antecipatória traz efeitos que seriam concedidos somente no provimento final já em sede de liminar, sempre com cunho satisfativo, ou seja, qualquer medida liminar que seja considerada satisfativa, de cautelar não se trata. A medida para ser cautelar não deve ter coincidência nenhuma com o pedido final de mérito, afinal “quem acautela não satisfaz.”²⁵⁶

Para se classificar como medida antecipatória, basta que haja o mínimo de coincidência entre o pedido ensejador da liminar e o do provimento final. Pois bem, definida o que é antecipação de tutela, cabe agora subdividi-la em tutela interinal e satisfativa autônoma.

A tutela satisfativa interinal seria a voltada a regular questões que aparecem incidentalmente, antecipam questões de mérito ou paralelas a este.²⁵⁷ A natureza da medida interinal é de antecipação dos efeitos da tutela na forma do art. 273 do CPC.

Já a tutela satisfativa autônoma é a que antecipa praticamente todos os efeitos da tutela, assim possuindo uma característica marcante: a de poder ser desnecessária uma decisão de cognição exauriente que confirme o provimento de cognição sumária, pois, fatalmente, tal provimento posterior tenha perdido objeto. Exemplos dessas tutelas satisfativas autônomas encontramos quando um provimento com base no art. 273, não se reverte, como numa autorização para transfusão de sangue, ou ainda no Livro III do CPC, no caso de uma ação cautelar de demolição usada pelo Poder Público (art. 888, VIII). Tais provimentos na maioria dos casos não têm continuidade, haja vista que o objetivo já foi alcançado via cognição sumária, depois de feita a transfusão de sangue ou a demolição do imóvel pelo Poder Público, não havendo a necessidade de se continuar a lide.

magistrado deve verificar se o bem jurídico em questão tem a urgência necessária, e daí conceder a medida de urgência, não se atendo para a distinção entre cautelar e antecipatória, “deverá avaliar os argumentos e os valores jurídicos dos bens envolvidos e, então, determinar sua postura diante da situação”(Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Tutela Antecipatória e o Perigo da Irreversibilidade do Dano. In: *Revista de Processo* n.º 86. São Paulo: Ed. RT, abril-junho de 1997, p. 29). Tal distinção deve ser feita no plano ontológico, para a sua constatação, ou mesmo, quando das consequências práticas, mas não para a admissão de tais medidas.

²⁵⁶ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 102.

²⁵⁷ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 173.

É importante informar, que toda vez que doravante se estiver tratando de antecipação de tutela, estar-se-á falando na antecipação de tutela na forma interinal, por simples conveniência e habitualidade que a doutrina trata. Nos casos em que se estiver sendo ventilada a tutela satisfativa autônoma, será exemplificado expressamente.

5.2 A DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE TUTELA DE URGÊNCIA JURISDICIONAL E TUTELA DE URGÊNCIA RECURSAL

É condição para o desenvolvimento do presente estudo fazer uma diferenciação entre se pleitear uma tutela de urgência jurisdicional e pleitear uma tutela de urgência jurisdicional recursal, que doravante chamar-se-á de tutela de urgência recursal²⁵⁸.

A tutela de urgência jurisdicional é pleiteada no juízo de primeiro grau, em tese, a qualquer momento desde que surgida a situação de urgência, enquanto que a tutela de urgência recursal é somente o objeto do recurso. Existem as hipóteses de se recorrer de uma decisão que concede ou denega a tutela de urgência, nessas ocasiões as tutelas de urgência jurisdicional e recursal se identificam.

No entanto, existem situações onde as tutelas jurisdicional e recursal de urgência em nada se identificam. Um exemplo bem ilustrativo foi julgado pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná²⁵⁹ onde na tutela jurisdicional, como a demanda era de embargos à execução, o objeto era a existência ou não da dívida, e a tutela recursal objetivava impedir que a Receita Federal expedisse a declaração de Imposto de Renda do embargado, essa

²⁵⁸ Distinção que é feita da mesma forma por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: “Cumprir registrar que a antecipação da tutela jurisdicional não se confunde com a antecipação da tutela recursal. Com a primeira, almeja-se a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada em juízo; já, com a segunda, objetiva-se a antecipação dos efeitos do pedido formulado no recurso que não necessariamente se identifica com aquele.” (Tutelas de urgência nos recursos extraordinário e especial. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil. Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233). No mesmo sentido: FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 319. Logicamente uma tutela recursal também é uma tutela jurisdicional, ocorre que para fins de elucidação e diferenciação adotar-se-ão essas nomenclaturas, daí o acerto dos processualistas mencionados.

²⁵⁹ TAPR, 5.^a Câ. Cív., AgIn 0249422-8, rel. Juiz Edson Vidal Pinto, j. 18.02.04, DJPR 03.03.04 (e respectivos embargos declaratórios).

determinada em decisão interlocutória pelo juízo *a quo*. O Tribunal paranaense, no despacho de recebimento do recurso, mandou que se expedisse novo ofício para o órgão federal, afim de que não fosse confeccionada referida declaração, bem como determinou que fosse anexado o despacho aos autos para que nada fosse juntado. Observa-se de forma clara, que houve uma antecipação de tutela recursal, o antes chamado efeito ativo do agravo de instrumento conforme já ventilado, e também uma total diferença entre tutela de urgência recursal e tutela de urgência jurisdicional.

5.3 DO TRATAMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL

No que tange à aplicação no âmbito recursal da tutela de urgência satisfativa autônoma, já definida no item anterior, algumas ressalvas devem ser necessariamente feitas. A possibilidade de se ventilar a tutela satisfativa autônoma nos recursos existe, na maioria dos casos quando há a coincidência entre tutela de urgência jurisdicional e tutela de urgência recursal. Do contrário, a possibilidade se torna bem remota, já que tal modalidade de tutela de urgência tem como objeto relação urgente recente, normalmente preparatória, como uma autorização para transfusão de sangue, ou mesmo a hipótese do art. 888, VIII do CPC. Tais possibilidades surgem quando do início de uma relação jurídica, não incidentalmente capaz de serem pleiteadas (surgidas) em grau de recurso.

Quanto às cautelares, a possibilidade de serem pleiteadas em grau de recurso se vislumbra de forma pacífica ante a presença do art. 800, parágrafo único do Código de Processo Civil²⁶⁰. Mesmo assim não são todas as medidas cautelares que se entende como cabíveis de serem requeridas em grau de recurso. Um exemplo típico dessa impossibilidade seria uma justificação para oitiva de testemunhas²⁶¹ no âmbito recursal, onde se entende

²⁶⁰ Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente no tribunal. Logicamente que guardadas as devidas cautelas quanto à competência, que difere no pleito para o juízo *a quo* e *ad quem*, casos do agravo de instrumento (pleito no juízo *ad quem*) e dos recursos excepcionais (pleito no juízo *a quo*).

²⁶¹ “A justificação é processo cautelar preparatório com finalidade genérica, pode ser utilizado em qualquer processo de arbítrio do Requerente. Como medida genérica, sem o necessário interesse específico, é que existe a possibilidade de se ouvir testemunhas em processo de

como incabível. As medidas cautelares podem ser perfeitamente requeridas nos recursos, desde que haja a possibilidade de realização da medida no momento requerido, e configurado o direito substancial de cautela. A possibilidade de se pleitear tutela cautelar recursal é ampla ao ponto, que um processualista do porte de Galeno Lacerda²⁶² afirma que a tutela cautelar pode ser concedida em recursos como os embargos infringentes e os embargos de declaração.

No tocante à antecipação dos efeitos da tutela no plano recursal, a mesma existe há tempos. Até o início da década de noventa utilizava-se a medida cautelar e o mandado de segurança para se atribuir o efeito suspensivo, ou mesmo o efeito ativo ao recurso. Isso nada mais era do que uma tutela recursal antecipatória concedida via outra ação, haja vista que suspendia a eficácia de algo que se visava tornar revogado, ou iniciava-se de forma provisória algo que pretendia a se tornar definitivo.

As medidas cautelares com estes fins nada mais eram do que medidas cautelares satisfativas, indo de encontro ao antes preconizado (item 5.1, *retro*), já que uma medida antecipatória nunca pode ser medida cautelar, pelo menos quando não haja dúvida quanto à satisfatividade, assim, não sendo o modo mais técnico o pleiteio por tal modo.

E quanto ao mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo, o chamado remédio heróico, o mesmo não encontrava fundamento. Em sábias palavras, a Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶³ preconiza que não há direito líquido e certo de se conferir efeito suspensivo para recurso que por expressa disposição em lei, não o tem. O mandado de segurança era utilizado, deste modo, por ser o único meio de proteger a

justificação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XII. 2.^a ed. Atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 218.)

²⁶² *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII – Tomo I. 7.^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 205. Embora seja prudente advertir, que o Superior Tribunal de Justiça, em alguns julgados veda a discussão da tutela de urgência em embargos de declaração, cf. “Processual. Embargos Declaratórios. Medida Cautelar. Questões Reservadas ao Processo Principal. Reexame da Alegada Urgência. Embargos Não Conhecidos.

I - Impossível discutir, em processo cautelar, questões cujo exame haverá de ocorrer no processo principal.

II - Embargos declaratórios não constituem instrumento apropriado para rediscutir pressupostos da medida cautelar.” (STJ, 1.^a T., EDcl no REsp 144350/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.10.1999, p. 45.)

²⁶³ *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: RT, 1992, pp. 58-59.

situação de risco, uma dita admissibilidade residual, que acabou sendo aceita pelo E. STJ.

O processualista Roberto Armelin²⁶⁴ em brilhante ensaio sobre o tema, preconiza que “é chegada a hora de se por fim à promiscuidade de pedidos cautelares-satisfativos, bem como dos mandados de segurança contra ato judicial como sucedâneo de recurso, que a todos vêm incomodando, e multiplicando desnecessariamente o número de feitos a serem processados e julgados pelo Judiciário, tanto no âmbito de primeiro grau de jurisdição, quanto em sede de tribunais.”

Se a antecipação de tutela do art. 273 é possível de ser pleiteada a qualquer momento, não há como se entender que possa haver vedação da utilização da tutela antecipatória em grau de recurso, ainda mais que inexistente qualquer vedação no Código de Processo Civil.²⁶⁵ Não é a forma mais adequada a utilização de outro processo, para influir incidentalmente em uma relação jurídica, quando é possível com o uso dos dispositivos legais tipificados, a resolução da situação de urgência dentro do mesmo processo.

A tutela antecipada já poderia ser perfeitamente requerida no plano recursal, com base nos artigos 273 e 558 do CPC, desde que demonstrada a verossimilhança do direito, e que a não concessão de efeito suspensivo/ativo possa resultar lesão grave e de difícil reparação.

Surgiam duas situações: um efeito suspensivo, que nada mais era do que a suspensão da eficácia da sentença ou decisão interlocutória; e ainda a possibilidade de concessão de efeito ativo, que seria a realização de atos que se diferem do preconizado pela decisão recorrida, ordenados pelo relator do recurso, a título liminar. Tais situações já eram muito bem defendidas por alguns processualistas brasileiros, tais como Eduardo Talamini²⁶⁶, Cássio Scarpinella Bueno²⁶⁷, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery²⁶⁸.

²⁶⁴ Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 440.

²⁶⁵ Idem, p. 449.

²⁶⁶ A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. In: *Revista de Processo* n. 80, p. 125 et seq.

²⁶⁷ *Liminar em mandado de segurança*. 2.^a ed., São Paulo: Ed RT, 2000, p. 266.

²⁶⁸ *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*. 6.^a ed., São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 888. Também “É possível que o tribunal, ao receber o agravo de instrumento, adiante imediatamente a providência pedida como mérito do agravo ou algum de seus efeitos. Essa decisão antecipatória pode ser proferida pelo relator, que é o juiz

A Lei n. 10.352/01 inseriu o inc. III ao art. 527 do CPC que estampa que: “recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: (...) III- poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 588), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.” Assim deixando mais evidente as possibilidades de efeitos ativo e suspensivo ao recurso, referindo-se expressamente sobre a antecipação de tutela quando da concessão do efeito ativo.

No entanto, entende-se como incorreta a nomeação feita pelo CPC, porque o diploma legal refere-se à antecipação de tutela *ou* a atribuição de efeito suspensivo, o que faz pensar que existe antecipação de tutela quando concedido o efeito ativo, e provimento cautelar quando concedido o efeito suspensivo a recurso que não o tem. Tanto o é que doutrinadores como Paulo Afonso de Souza Sant’anna²⁶⁹ e Luiz Orione Neto²⁷⁰ entendem que a atividade de se suspender eficácia de recurso tem natureza de medida cautelar, o que se discorda. Isso porque se antecipação dos efeitos da tutela é a obtenção liminar de um dos efeitos da tutela final, e quando se suspende a eficácia de decisão que se visa ver revogada, nada mais está acontecendo que a antecipação dos efeitos da tutela para o “vencido” na decisão recorrida. Por isso, entende-se como correta a opinião trazida por William Santos Ferreira²⁷¹ e Teresa Arruda

preparador do recurso de agravo, ad referendum do órgão colegiado competente para julgar o recurso, que pode manter ou revogar a decisão provisória do relator. Ainda que se admita que o agravo tem procedimento expedito no tribunal dado pelo CPC a esse recurso não prevê a antecipação dada pelo relator, mas apenas a concessão do efeito suspensivo ao agravo, suspendendo-se a eficácia da decisão agravada for julgado o agravo. Essa omissão da lei quanto ao procedimento do agravo faz com que se torne necessária a utilização do instituto da tutela antecipada, do art. 273 do CPC, para evitar-se o perecimento de eventual direito do agravante.” (*Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5.^a ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 423)

²⁶⁹ Medidas de urgência no âmbito recursal. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Vol. 7. São Paulo: RT, 2003, p. 586)

²⁷⁰ *Tratado das liminares*, vol. II. São Paulo: Ed. Lejus, 2000, p. 362.

²⁷¹ “O efeito suspensivo excepcional nada mais é do que uma antecipação da tutela recursal.” (*Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: RT, 2000, p. 245.). No mesmo sentido: GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Breves apontamentos sobre a tutela de urgência recursal. In: *Revista Brasileira de Direito Processual* vol. 61. São Paulo: Fórum, jan-março de 2008. Em sentido contrário, pela diferença entre efeito suspensivo e antecipativo, cf. FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 153.

Alvim Wambier²⁷². Esta afirma categoricamente que suspender a eficácia da decisão recorrida também é conceder tutela antecipada recursal.

Assim, vê-se pacificamente a possibilidade de se pleitear tutelas de urgência nos recursos, identificando-se ou não com a tutela de urgência jurisdicional de primeiro grau.

5.4 DO GRAU DE COGNIÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS

O art. 558, quando fala da atribuição de efeito suspensivo a recurso, traz como requisito para tal concessão a relevante fundamentação, o que poderia levar a um entendimento de que este teria um grau de certeza menor do que a prova inequívoca da verossimilhança do art. 273. Ainda, o fato da tutela de urgência recursal tratar em alguns casos (questões incidentais) de matéria diferente da tutela de urgência jurisdicional, também poderia levar à conclusão de que aquela seria “menos importante” por não se estar discutindo efeito da tutela jurisdicional. Talvez por isso, doutrinadores como Paulo Affonso de Souza Sant’anna²⁷³ entenderem que o grau de cognição das tutelas de urgência nos tribunais seja menor do que em primeiro grau de jurisdição, ou seja, que a tutela de urgência jurisdicional necessita de uma certeza maior para a sua concessão do que a tutela de urgência recursal.

Existe, em algumas modalidades de obrigações, a diferenciação do tónus de cognição para a concessão da tutela antecipada. Vê-se no caso da antecipação de tutela dos arts. 461 e 461-A do CPC (obrigações de fazer e de

²⁷² “No entanto o usual é enxergar-se a *antecipação da tutela* só quando o *ato é positivo*, quando na verdade, revogar *um ato* também é *prestar tutela*.

Se o ato está errado, se o ato está indevido, se o ato não deveria ter sido praticado, a revogação do ato também é prestar tutela. Acontece todavia que nós nos viciamos na expressão *efeito suspensivo* e não percebemos que se trata também de uma antecipação da tutela de cassação de decisão (o que é o que eu peço no agravo, por exemplo, em que pleiteio que se casse uma liminar). (Cf. A tutela antecipada nos Tribunais. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o direito processual civil. Tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 548).

²⁷³ “pedindo vênias aos doutrinadores de que divergimos, para nós, os requisitos a serem sentidos pela parte que quer ver antecipada a tutela jurisdicional são mais numerosos e mais rígidos dos que o da antecipação de tutela recursal – que obviamente não fosse coincidente com aquela. Assim, por exemplo, enquanto a antecipação da tutela recursal contenta-se com fundamentação relevante, a antecipação da tutela jurisdicional exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação.” (SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Medidas de urgência no âmbito recursal. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Vol. 7. São Paulo: RT, 2003, p. 586)

dar coisa) e da antecipação genérica do art. 273 (usado, em regra, para obrigações em pecúnia). Os processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery²⁷⁴ entendem que os requisitos da antecipação de tutela do art. 461 necessitam de um grau de certeza menor do que do art 273.

É totalmente adequado se tratar de diferentes tónus de certeza na cognição de diferentes modalidades de obrigações, onde o perigo de perecimento do objeto existe de forma mais relevante do que na obrigação de pecúnia. Agora, completamente diferente, é se falar em diferença de certeza para a concessão de tutela de urgência por serem graus de jurisdição distintos. O efeito prático será o mesmo, seja a ordem emanada de juiz de primeiro grau ou de um desembargador, a realização de atos será feita da mesma forma, pleiteada a pretensão em um juízo de primeiro ou segundo grau de jurisdição.

A relação processual é a mesma, como dito no capítulo sobre a natureza jurídica dos recursos, é uma extensão do direito de ação, não há um estreitamento ou restrição da relação processual, o que pode haver é uma modificação do objeto a ser conhecido, mas sempre necessitando da mesma certeza de conhecimento.

O processualista paranaense José Miguel Garcia Medina²⁷⁵ já tinha chegado a tal conclusão. O doutrinador preceitua que “a antecipação de tutela recursal coaduna-se com a antecipação da tutela prevista no art. 273 do CPC, principalmente quanto à finalidade”

Deste modo, independente do grau de jurisdição, a cognição sobre a tutela antecipada é a mesma.

5.5 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA FORMA INTERINAL EM ALGUNS RECURSOS EM ESPÉCIE

5.5.1 A tutela de urgência no agravo de instrumento

²⁷⁴ “A tutela específica pode ser adiantada, por força do art. 461, par. 3.º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court*.” (ob. cit. p. 763)

²⁷⁵ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, pp. 348 e 349.

No tocante ao agravo de instrumento, a possibilidade de pleiteio e concessão das tutelas de urgência não desafia muitos problemas. Superado o uso de outros meios para a realização das tutelas de urgência no agravo de instrumento, restringiu-se aos arts. 527, III, e 558 o modo como essas tutelas serão pleiteadas.

Logicamente, o requerimento com base no art. 558 deverá vir reforçado pelo dispositivo legal concernente à natureza do pleito, seja medida cautelar (art. 798), medida antecipatória interinal (273), ou medida satisfativa autônoma (273 e 888 do CPC). Todas essas medidas são possíveis quando o recurso visar impugnar decisão que tais medidas tenham sido objeto, mas nem todas quando a situação de urgência tenha surgido após a decisão interlocutória de primeiro grau, caso das tutelas satisfativas autônomas.

Outro dispositivo legal que veio facilitar a entendimento pela possibilidade de ventilação das tutelas de urgência no agravo de instrumento é o art. 527, III do CPC. Tal dispositivo legal estampa que o relator pode, ao receber o recurso, atribuir o efeito suspensivo ou antecipar os efeitos da tutela até o pronunciamento da câmara a respeito do feito.

Hodiernamente, ainda se encontram posições no sentido de que quando se estiver antecipando efeitos da tutela recursal, se estaria dando efeito ativo ao agravo²⁷⁶, e quando se estiver dando efeito suspensivo ao recurso, estaria-se “cauteladamente”²⁷⁷ prevenindo direito futuro. Posições, que de acordo com o raciocínio trazido no presente estudo não se sustentam. O chamado efeito ativo é uma antecipação dos efeitos da tutela recursal quando se visa impugnar decisão negativa, e a atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento é uma antecipação quando a decisão impugnada tiver cunho positivo. Deste modo é a posição de Roberto Armelin²⁷⁸.

5.5.2 A tutela de urgência na apelação cível

²⁷⁶ Cf. Eduardo Talamini, op. cit., p. 125, *et seq.*

²⁷⁷ Cf. Paulo Afonso Sant’anna, op. cit., p. 586 e Luiz Orione Neto, op. cit., p. 362

²⁷⁸ “Entretanto, *data venia* dos ilustres autores e magistrados, entende-se que o chamado *efeito ativo* do agravo de instrumento não passa de antecipação da tutela que se busca na decisão de mérito do próprio recurso. Ora, não é efeito suspensivo algum – não há o que se suspender.” (op. cit., p. 450)

Por aplicação analógica, e por simples leitura do parágrafo único do art. 558, o raciocínio trazido no item anterior aplica-se à apelação cível com as mesmas possibilidades. Isso porque grande parte dos fundamentos impugnados em uma decisão interlocutória por agravo de instrumento, se estes não tiverem sofrido preclusão podem aparecer na sentença e ser impugnados pelo recurso de apelação. As situações urgentes podem aparecer da mesma maneira como se desafiassem o recurso de agravo de instrumento. Como dito (item 1.2.4, retro), é perfeitamente possível a tutela antecipada na sentença, o que desafia a recorribilidade, e também a concessão da tutela de urgência no próprio despacho de admissibilidade da apelação.

O art. 558 funcionaria como um motivador da exceção das hipóteses previstas no art. 520, nas quais a apelação cível não teria efeito suspensivo. Demonstraria-se a situação de urgência para se atribuir efeito suspensivo à apelação cível, ao relator na maioria dos casos, ou ao juízo monocrático nos casos onde este é o competente para atribuir efeito suspensivo a recurso²⁷⁹.

A possibilidade de se admitir tutelas de urgências, dentre elas a antecipação prevista nos arts. 527, III e 558, no despacho de admissibilidade da apelação cível, se torna evidente. A doutrina já admite. José Miguel Garcia Medina²⁸⁰ afirma categoricamente que “diante do disposto no parágrafo único do art. 558, poderá o relator conceder efeito suspensivo à apelação que, em regra, não o tem, se ocorrerem as circunstâncias mencionadas no *caput* do mesmo artigo.” E como se admite a antecipação de tutela contra sentenças positivas, nada impede que se antecipe os efeitos contra sentenças negativas se presentes os requisitos para tanto²⁸¹.

Tendo em vista que o art. 558 atribui efeito suspensivo às sentenças, que segundo o art. 520, não o têm, entende-se que outras

²⁷⁹ Art. 14 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) “O juiz pode conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.”

²⁸⁰ Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, pp. 343.

²⁸¹ “Em qualquer das hipóteses, sendo concedido o efeito suspensivo ao agravo ou à apelação, bem como o chamado efeito ativo,...” Cf. MARCATO, Antônio Carlos (coord.) *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p.1663 (parte comentada por Nelson Luiz Pinto).

sentenças em legislações esparsas que não possuem esse efeito, podem o ter em virtude da demonstração da situação de urgência. Esse é o entendimento de Nelson Luiz Pinto²⁸² e Édson Ribas Malachini²⁸³. Em todos os casos que prevêm o recebimento da apelação cível apenas no efeito devolutivo, se admite o manejo do art. 558 do CPC para se atribuir a antecipação de tutela recursal, ou outra tutela de urgência que o caso necessite. Outra questão interessante é no tocante ao destinatário do requerimento do art. 558 do CPC. Em se tratando de agravo de instrumento, como tem um processamento mais célere, o destinatário seria o juízo *ad quem*. Mas no que concerne à apelação cível surgem algumas questões.

A apelação é recurso que necessita de despacho de encaminhamento, e ainda tem um lapso de tempo maior do que o agravo de instrumento no tocante a protocolo e julgamento. Isso faz com que muitas vezes, o requerimento do art. 558 demore a ser apreciado, podendo causar danos ao requerente da medida, e em certos casos, até a perda do objeto.

A rigor, o juízo *ad quem* é o competente para apreciar o requerimento do art. 558 do CPC, justamente porque é o competente para julgar o recurso. Mas o que fazer para evitar os possíveis danos, ou mesmo uma execução provisória que possa ser iniciada entre a prolação da sentença e o despacho de admissibilidade do Tribunal?

Nelson Luiz Pinto²⁸⁴, apresenta uma possível solução. Traz o processualista que o órgão competente para apreciar o requerimento do art. 558 na apelação cível seria o juízo *a quo*, por ser a este dirigida a apelação cível, e para evitar esse lapso de tempo que potencialmente possa causar danos ao recorrente. Caso se negue o requerimento, se apresentaria o agravo de instrumento para a apreciação do requerimento do art. 558²⁸⁵. Isso é justamente o já dito no item 1.2.4, *retro*. Quando o juiz recebe a apelação cível, aprecia o requerimento de tutela antecipada, ou melhor, o requerimento

²⁸² Idem, *Ibidem*.

²⁸³ Atribuição de Efeito Suspensivo à Apelação. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, pp 224-228.

²⁸⁴ *op. cit.*, p. 1663

²⁸⁵ No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Recursos e tutela cautelar. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, p. 381.

atinentes aos efeitos em que a apelação será recebida, e se não satisfizer o recorrente, abre-se a via do agravo de instrumento.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸⁶, a adoção dessa medida geraria uma perplexidade no ponto de vista dogmático ante o fato de que o juiz que negou a tutela na sentença, dificilmente viria a conceder, ainda que de maneira provisória, o requerimento do art. 558. Ainda temos o problema da competência (art. 463), já que o juiz encerra a atividade jurisdicional com a sentença, e da adequação (523, § 4º), já que as decisões posteriores à sentença desafiam agravo retido e não de instrumento, não resolvendo assim o problema da demora na apreciação do requerimento.

Sendo assim, segundo solução também apresentada pela Profª Teresa²⁸⁷, pode ser feito um pedido diretamente ao Tribunal, por este ser o competente para apreciar o recurso, solução que *mutatis mutantis* harmoniza-se com o raciocínio do Prof. Ovídio Baptista da Silva²⁸⁸, onde o mesmo afirma que no caso do requerimento da medida cautelar quando o recurso ainda não tiver processado no juízo *a quo*, deverá ser feito um pedido ao Tribunal instruído com as cópias necessárias. E como por simples aplicação do 273, par. 7.º, conclui-se pela fungibilidade plena²⁸⁹, e pelo fato de a doutrina já admitir medidas antecipatórias preparatórias²⁹⁰, tal procedimento sendo feito diretamente ao tribunal existe justamente para evitar um dano do momento da interposição da apelação até a chegada desta na mesa do relator.

Sendo assim, vê-se que, seguindo paulatinamente o Código, pode-se apresentar apelação cível, aguardar a decisão que nega o recebimento nos efeitos pleiteados, e na seqüência apresenta-se o agravo de instrumento. No entanto, dificilmente se tem êxito no pleito de recebimento da apelação nos efeitos almejados, fazendo ser, para uma situação urgente, ser

²⁸⁶ A tutela antecipada nos tribunais, p. 547.

²⁸⁷ Idem. Ibidem.

²⁸⁸ *Do processo cautelar*. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 144.

²⁸⁹ O Prof Arruda Alvim (*Manual de direito processual Civil. Vol. II*. 9.ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 368) entende que não existe a fungibilidade plena entre medidas antecipatórias e medidas cautelares, para a sumidade do processo brasileiro, o tônus de cognição da tutela antecipada é maior do que o da cautelar, somente há a possibilidade de se receber uma medida antecipatória como cautelar e não o contrário. Posição que discorda-se já que, mesmo recebendo uma medida cautelar, e nela estiverem presentes os pressupostos da antecipação de tutela, essa última deverá ser recebida com base no art. 273, par. 7.º. Posiciona-se de acordo com o Prof. Cândido Rangel Dinamarco (*A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 61) que afirma que não há fungibilidade em uma única mão.

²⁹⁰ Dinamarco, op. cit., p. 73 e segs.

de muito mais utilidade o pleito de medida antecipada ao tribunal antes de processado o recurso.

5.5.3 A tutela de urgência nos recursos excepcionais

Quando se fere o assunto de tutelas de urgência nos recursos excepcionais, uma expressão logo vem à mente: “medida cautelar para atribuir efeito suspensivo”. Os recursos excepcionais, quais sejam, os recursos extraordinário e especial, são recursos de fundamentação vinculada onde há o objetivo de se resguardar interpretação de lei federal e constitucional. Em virtude disso há uma grande restrição, até certo ponto em demasia, no seu seguimento e processamento.

Com base nessa restrição exagerada, é que se vislumbra uma pequena possibilidade na concessão de tutelas de urgência nos recursos ora em tela. A chamada medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a esses recursos, na verdade, de medida cautelar não se trata, pois, segundo o raciocínio já trazido de que o efeito suspensivo concedido no agravo de instrumento é antecipação dos efeitos da tutela recursal, o mesmo deve ser seguido quanto aos recursos excepcionais. É crível que nos recursos excepcionais se adote a mesma posição, afinal, um recurso que visa que não seja realizado tal ato, e provisoriamente, é concedido despacho que para que não se realize, nada mais há do que uma concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O meio para se pleitear essa antecipação dos efeitos da tutela recursal, como prudente, deve ser mesmo a “cautelar”, embora que ontologicamente de cautelar não se trate. Isso porque, um requerimento no próprio recurso pode aguardar um lapso longo de tempo para ser dado ou negado seguimento, o que faz o dano causado pela demora ter chances de ocorrer. Sendo assim, uma medida preparatória, com pedido de liminar ao Presidente do Tribunal possui maior eficácia.

O momento para se requerer a dita medida antecipatória é variado, sendo: (a) desde quando o recurso ainda não foi protocolado, isso em casos raros; (b) passando pelo intervalo entre o protocolo do recurso e o despacho de admissibilidade, essa a possibilidade mais ordinária e; (c) depois

do despacho de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*, essa uma possibilidade errônea, mas que é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em alguns casos²⁹¹. O fundamento do Supremo é que a verossimilhança da alegação deve ser apreciada somente no despacho de admissibilidade, para não ocorrer duas decisões contraditórias quanto à mesmíssima matéria, qual seja, a de se verificar que o recurso excepcional terá êxito ou não. Isso por ser a verossimilhança da alegação, nos casos de medida de urgência para auferir efeito suspensivo a recurso excepcional, a demonstração de que o recurso será provido por exigência do STF. Com todo respeito ao órgão julgador, entende-se que os recursos excepcionais, pela própria nomenclatura devem ser admitidos somente em casos extraordinários, mas mesmo nesses casos extraordinários podem surgir as situações de urgência que merecem tutela²⁹². Em muito perderia eficácia uma medida de urgência concedida somente após o exame de admissibilidade, e, lembrando, o exame de admissibilidade desses recursos faz um juízo definitivo quanto à verossimilhança da alegação do pedido antecipatório. Assim, em pleiteada a medida antecipatória, a chamada cautelar para atribuição de efeito suspensivo, essa está vinculada ao despacho de admissibilidade dos recursos excepcionais. Em sendo inadmitido o recurso, há a revogação da medida de urgência²⁹³. Mas recorda-se, que o momento

²⁹¹ “Há uma diferença de comportamento entre o STF e o STJ. Este é mais liberal na admissão de tal efeito, ao passo que o Supremo Tribunal Federal somente admite depois da admissão do Recurso Extraordinário no Tribunal *a quo*.” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Tutelas de urgência nos recursos extraordinário e especial. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil. Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 230).

²⁹² “A concessão de medida cautelar para imprimir efeito suspensivo a recurso que nem mesmo tenha sido submetido ao juízo de admissibilidade implica plena eficácia dos textos normativos que disciplinam o processo cautelar, como mecanismo de preservação do resultado do próprio processo, e se traduz em evidente medida de reverência ao princípio do devido processo legal, que, em última análise, significa que a parte tem direito a um processo, na conformidade que a lei prevê, e a um processo completo, isto é, cujo resultado possa ser o de operar as transformações determinadas no provimento estatal.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para a obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 386.)

²⁹³ “1. A outorga de efeito suspensivo por intermédio de medida cautelar requer a demonstração da urgência na prestação jurisdicional, a caracterização da plausibilidade do direito alegado, bem como a prolação de juízo positivo de admissibilidade emanado da Corte de origem.
2. A negativa de seguimento do apelo excepcional pelo e. Tribunal *a quo* implica a revogação da liminar anteriormente concedida, ainda que o requerente tenha interposto o agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil.” (STJ, 1.ª T., AgRg na MC 6882/RJ, rel. Min. Denise Arruda, j. 11.05.04, DJ 31.05.2004, p. 173)

mais adequado para a propositura da medida de urgência nos recursos excepcionais é no intervalo entre seu protocolo e o exame de admissibilidade, e em raríssimos casos, antes mesmo do protocolo do recurso. Isso porque, mesmo que possa sofrer reversão futura, o seu objetivo, *a priori*, é evitar o dano entre a propositura do recurso e o despacho de admissibilidade do mesmo.

Quanto ao órgão competente para a propositura da medida de urgência, havia uma discrepância entre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que entendia que a medida deveria ser pleiteada no próprio Tribunal superior, e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que entendia ser o Tribunal *a quo* como competente para apreciar a medida. Discrepância que foi resolvida no início de 2004, com a edição da Súmula 635 pelo Supremo Tribunal Federal²⁹⁴, estabelecendo como órgão competente, o Tribunal *a quo*.

Conforme exposto, fica evidente a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional, assim, ocorrendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal quando o acórdão deferir a realização de ato positivo. Agora, estranhamente, talvez por entender essa atribuição de efeito suspensivo a recurso excepcional como medida cautelar, é que os Tribunais superiores não aceitam a tutela de urgência nos recursos excepcionais quando visar impugnar ato negativo²⁹⁵, ou seja, não é permitido o uso do recurso excepcional para que realize ato positivo antes do julgamento do recurso pela instância superior. O que parece ser um desrespeito à isonomia processual. Se se permite antecipar os efeitos da tutela quando o acórdão mandar realizar ato, porque não antecipar a tutela recursal quando o acórdão mandar não realizar

“II- Consoante jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, descabida é a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial inadmitido na origem.

III - O recurso de agravo de instrumento não possui o condão de permitir a apreciação da medida cautelar com o fim de emprestar efeito suspensivo a recurso especial, vez que a jurisdição desta Corte somente se estabelece com a prolação de juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal *a quo*. Precedentes.” (STJ, 5.^a T., AgRg na MC 9129/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 582) No mesmo sentido: STJ, 5.^a T., EDcl no AgRg na MC 9129/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.03.05, DJ 28.03.2005, p. 289. Em sentido contrário: DIAS, Camila Werneck de Souza. Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 16.

²⁹⁴ “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

²⁹⁵ “Não há conceder efeito suspensivo a recurso especial contra decisão de conteúdo negativo.” (STJ, 4.^a T., MC 660-MG –AgReg, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 26.05.97, DJU 01.09.97, p. 40.837)

tal ato? Entende-se pela possibilidade de pleiteio, via medida de urgência antecipatória no Tribunal *a quo*, para que se realizem atos positivos, assim ocorrendo a antecipação dos efeitos da tutela recursal nos recursos excepcionais também nesse caso.

Outro caso bem conhecido de tutela de urgência recursal é o pedido para subida de recurso excepcional que, em regra, ficaria retido, na hipótese de recurso excepcional contra acórdão de agravo de instrumento (art. 542, § 3.º). Esse pedido para que recurso que impugne acórdão de agravo de instrumento não se submeta ao regime de retenção ocorre quando das decisões interlocutórias finais, tais como decisão que retira litisconsorte do processo²⁹⁶, decisão que concede ou nega antecipação de tutela^{297 298}, dentre outras. O pedido da tutela recursal é o julgamento da questão, se o litisconsorte deveria ou não ser retirado do processo, ou se a tutela antecipada jurisdicional deveria ser concedida ou não. O pedido de subida imediata, ou desentranhamento do recurso excepcional retido é medida cautelar já que não guarda identidade com o pedido do recurso.

²⁹⁶ “Em nosso entender, e por isso trouxemos novamente à discussão no item anterior o conceito, que nos parece ser o correto, de sentença, esse raciocínio também se aplica às decisões (que como dissemos, são agraváveis) de que antes falamos. Assim, ainda que agraváveis, pensamos deverem submeter-se ao regime de subida imediata os recursos extraordinário e especial interpostos contra decisões (acórdãos) que confirmem, por exemplo, exclusão de litisconsorte facultativo, decisão que extingue liminarmente, oposição ou reconvenção.”(Sobre a incidência dos recursos especial e extraordinário retidos e “interlocutórias” que são sentenças. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 532.

²⁹⁷ “A decisão que defere ou indefere a tutela antecipada provém de cognição sumária, eis que lastreadas em juízo de probabilidade. Logo, nos casos em que o recurso especial desafia decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, é razoável determinar-se o seu imediato processamento, sob pena de tornar inócua a apreciação da questão pelo STJ” (STJ, 2.ª T., REsp 468354-MG, rel. Min. Franciulli Netto, j. 04.11.2003, DJ 02.02.2004, p. 312). No mesmo sentido: “Tratando-se de interlocutória que versa medida urgente, com repercussão danosa, impõe-se o destrancamento do recurso” (STJ, 1.ª T., MC 4807-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.10.2003, DJ 03.11.2003, p. 246).

²⁹⁸ A hipótese de pedido de subida imediata do recurso excepcional que ficaria retido (art. 542, § 3.º) sofrerá uma grande mitigação. Tal fato ocorrerá justamente pelo advento da Lei n. 11.187/2005. A nova legislação preceitua o agravo retido como regra, e o de instrumento como exceção, este somente nos casos de urgência. Assim, acórdãos de agravo de instrumento serão casos raros, e, em existindo esses, já estaria presumida a urgência, sendo praticamente desnecessária a fundamentação da urgência para que seja destrancado o recurso excepcional. A subida deveria ser automática, em todos os casos de recurso excepcional que visa impugnar acórdão de agravo de instrumento, justamente por essa urgência no julgamento já estar presumida e ante o fato de que não mais existirá agravo de instrumento versando sobre as chamadas decisões finais quando não estiver presente situação passível de causar dano.

5.5.4 A tutela de urgência nos agravos interno e regimental

O agravo interno²⁹⁹ é um recurso cabível contra decisões monocráticas que põem fim ao recurso, seja dando ou negando provimento a este, e tem como base legal o art. 557, §1.º do CPC.

A grande problemática de se admitir as tutelas de urgência no agravo interno é no tocante ao seu processamento. Como é cediço, é admitida tal modalidade de tutela jurisdicional na forma recursal, quando proferida decisão inicial no recebimento do recurso, e podendo ser esta confirmada ou não no julgamento. Sendo assim, a primeira condição para que possa ocorrer o manuseio de tutelas de urgência em recursos é a ocorrência de pelo menos duas manifestações dos tribunais no recurso.

O manuseio de tutelas de urgência no agravo interno fica comprometido pelo simples modo de processamento do mesmo. O §1º do art. 557 preceitua que o relator irá receber o recurso e o por em mesa. O que acontece normalmente é o voto do relator do agravo interno e apreciação pela turma como ato contínuo, não havendo separação entre um ato e outro. Se for concedida medida urgente neste julgamento, estar-se-á concedendo medida urgente para o recurso que teve julgamento monocrático anteriormente, não do agravo interno propriamente dito. A única hipótese, remota, de se admitir o manuseio da tutela de urgência no próprio agravo interno é no caso de pedido de vistas por membro da Turma ou Câmara. Somente nesse caso poderia ser concedida a tutela de urgência pelo relator, uma vez que há um lapso temporal, e depois a confirmação ou revogação da medida no julgamento. Mas por óbvio, que é uma hipótese excepcionalíssima. A impossibilidade de se versar sobre

²⁹⁹ Cabe lembrar que o agravo interno é encontrado sob várias denominações, tais como: (a) agravinho, devido ao seu prazo menor para a interposição; (b) agravo inominado devido à ausência de denominação pelo CPC; (c) agravo do art. 557, par. 1.º (cf. TJMG, Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Apelação Cível n. 00.000773-0, rel. Des. Newton Janke, j. 19.08.2004.); (d) agravo sequencial (“AGRAVO SEQUENCIAL. Recurso. Agravo de instrumento. Motivação que se contrapõe ao entendimento dominante no Tribunal local. Negativa de seguimento. Autorização legal existente. É suficiente a contraposição da motivação recursal à jurisprudência predominante no Tribunal local, para que reste o relator autorizado a, na forma da lei processual civil, negar monocraticamente seguimento a recurso de agravo de instrumento.”, cf. TJSC, Agravo, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18.11.2004) já que existindo uma decisão monocrática que julga recurso, “na seqüência”, surge o agravo ora ventilado. Mas, a doutrina vem admitindo com um uso mais técnico, já que é um recurso contra decisões do próprio tribunal para este, a denominação de agravo interno.

antecipação de tutela recursal no agravo interno se dá muito mais por impossibilidade lógica do que por impossibilidade legislativa.

Já o agravo regimental possui outras características. Segundo o art. 317 do regimento do Supremo Tribunal Federal, tal recurso cabe de decisão do Presidente do Tribunal que causar prejuízo à parte, enquanto o recurso de agravo interno somente é admissível contra decisões que põem fim a recurso. O agravo regimental do STF era cabível contra as decisões como as que apreciavam efeito suspensivo, e por consequência, a recorribilidade das medidas de urgência. E por que foi dito era?

O agravo regimental não era um meio de se pleitear tutela de urgência, a rigor, nunca foi, o que acontecia era a recorribilidade das decisões que apreciavam a tutela de urgência recursal por meio do agravo regimental, o que, em parte, já se extinguiu. A já citada Lei n. 11.187/2005, que inseriu o parágrafo único do art. 527 do CPC, o fez ficar com a seguinte redação: “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”. Sendo assim, o agravo regimental sofreu uma mitigação na sua função de recorribilidade das tutelas de urgência por meio recursal. Abrindo-se discussão para a volta do uso do mandado de segurança como sucedâneo neste caso, já que se trata da mesma situação que existia anteriormente à reforma de 1995: uma decisão (que concede efeito suspensivo) que a lei veda a recorribilidade, e a necessidade de impugnar uma situação de urgência que possivelmente possa causar dano ao recorrente.

Outra prática que se vislumbra é o uso, na forma de sucedâneo recursal, do pedido de reconsideração, para justamente, visar a reconsideração do relator conforme o parágrafo único do art. 527 do CPC.

As aplicações após a reforma, tanto do agravo regimental quanto do sucedâneo recursal do pedido de reconsideração, serão melhor analisadas em capítulo específico.

5.5.5 As tutelas de urgência em recursos de admissibilidade estrita. Embargos de declaração

Quando se fala em cabimento de recurso, logo se vislumbra o ato processual que, em potencial, faz surgir o recurso. Tem-se o caso da sentença para a apelação, da decisão interlocutória que pode gerar prejuízo para o agravo de instrumento, da decisão monocrática atípica nos tribunais para o agravo interno, do acórdão unânime para o recurso excepcional, e do acórdão não unânime em apelação que reforme sentença, ou que dê procedência a ação rescisória para os embargos infringentes. Tais recursos têm o chamado cabimento restrito, justamente, porque somente perante tais atos processuais é que serão cabíveis, respondendo à risca o chamado princípio da unicidade recursal.

Situação diferente ocorre com os embargos de declaração, estes são cabíveis contra todo e qualquer pronunciamento judicial³⁰⁰, não sendo um recurso de cabimento restrito, mas sim amplo.

No tocante à admissibilidade, já não ocorre o mesmo. Tal recurso é de admissibilidade restrita ou vinculada, ou seja, as matérias a serem discutidas são taxativas, só podendo ser alegado omissão, obscuridade, contradição, correção quanto à matéria de ordem pública e erro material³⁰¹. A referida admissibilidade (ou fundamentação) vinculada também ocorre nos recursos excepcionais onde a admissibilidade vincula-se à interpretação de dispositivo legal.

Já os demais recursos têm a fundamentação ampla, sendo possível discutir neles, tudo o que diz respeito para reformar a decisão recorrida.

Os embargos de declaração, como já dito, são cabíveis contra todas as decisões judiciais, mas não são passíveis de ventilarem nada que não seja o preceituado pelo art. 535 do CPC, as matérias de ordem pública e o erro material. Justamente ante a esse fato é que somente em se apresentando essas matérias, é que o recurso será conhecido.

Tratando-se dos assuntos: embargos de declaração e tutelas de urgência, pelo menos à primeira impressão, não há familiaridade entre eles. A ventilação das tutelas de urgência em embargos de declaração (pelo menos

³⁰⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 60.

³⁰¹ Idem, pp. 63-64.

em primeiro grau de jurisdição) acontece, em regra, quando foi argüida a matéria no recurso principal, em agravo de instrumento, por exemplo, em havendo a omissão justamente na apreciação da matéria de urgência. Assim, em embargando-se de declaração é que a matéria relativa às tutelas de urgência seria apreciada pela primeira vez. Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná³⁰².

Agora situação adversa ocorre quando, além de ocorrer um dos pressupostos para o conhecimento dos embargos declaratórios, a situação de urgência surge pela primeira vez quando da apresentação destes. Como ficaria esse requerimento de tutela antecipada ou cautelar? O processualista William Santos Ferreira³⁰³ afirma que nada impede a concessão de tutela antecipada em embargos de declaração. O mesmo entendimento é seguido pelos Tribunais³⁰⁴. Realmente, não há impedimento legislativo, a tutela de urgência pode ser ventilada nos embargos declaratórios, desde que ocorra nos tribunais, porque lá existe a apreciação bifásica do recurso, um despacho inicial que normalmente pede pauta, e um julgamento posterior. Nesse caso, como existem essas duas apreciações, a ventilação de tutelas de urgência não desafia maiores indagações. Mas no tocante aos embargos declaratórios examinados pelo juízo monocrático, da mesma forma que no agravo interno, há o impedimento lógico. Os embargos declaratórios, nesse caso, não possuem uma apreciação bifásica, não há o despacho de admissibilidade em separado de provimento, fazendo com que seja impossibilitado a concessão de tutela

³⁰² "Agravo de Instrumento. Ação Declaratória. Antecipação de Tutela Concedida em Embargos de Declaração. Sentença Sujeita ao Duplo Grau de Jurisdição. Concessão de Verva de Representação a Servidores Públicos. Inviabilidade. Lei n. 9.494/97. ADC 04/DF (STF). Vedação de Tutela Antecipada Contra a Fazenda Pública. Decisão Cassada. Provimento do Recurso." (TJPR, 7.ª Câm. Cív., AgIn 134734800, rel. Des. Denise Arruda, j. 05.05.2003) "Embargos de Declaração. Omissão. Correção. Possibilidade. Pedido Procedente. Antecipação de Tutela. Conseqüência. Consolidação. Pedido. "Há que se Acolher Embargos de Declaração Para Suprir Omissão Sobre Ponto Suscitado Pela Parte e Não Apreciado No Acórdão." "Sendo Julgado Procedente o Pedido do Autor, a Consolidação dos Efeitos da Antecipação de Tutela é Conseqüência Natural Desse Fato, Mesmo que a Sentença Tenha se Omitido a Respeito." "Embargos Acolhidos Para se Complementar o Acórdão e Esclarecer o Alcance da Decisão Judicial, Sem, Entretanto, Implicar no Provimento da Apelação, Pois Sucumbência Não Trouxe a Sentença Para A Autora-Apelante." (TJPR, 1.ª Câm. Cív., ApCív 123462001, rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, j. 18.02.2003)

³⁰³ op. cit., p. 315.

³⁰⁴ "Reconhecido pelo STJ o pedido de antecipação de tutela em sede recursal, mesmo sendo em embargos de declaração." (TRF, 2.a Região, 1.a T., EmDecl n. 305629, rel. Des. Fed. Carreira Alvim, j. 23.11.2004, DJU 17.01.05, p. 36)

antecipada recursal em despacho liminar e a confirmação desta no acórdão dos embargos. O que ocorre é a concessão da tutela antecipada, até na modalidade recursal, mas do recurso futuro. Como exemplo elucidativo apresentamos um ocorrido numa das varas federais do Paraná. O autor pleiteava a indenização por acidente de veículo, indenização esta incluindo os danos ao veículo e à saúde, e o juiz em sentença concede a indenização dos danos somente ao veículo. O autor recorre via embargos declaratórios pleiteando que fosse apreciado o pedido de indenização dos danos à integridade física e que isso fosse concedido de imediato por risco à saúde, pedido que obteve êxito. Ocorre que apesar de ser deferido o pedido imediatamente, no julgamento dos embargos de declaração, houve uma decisão de cognição sumária para revisão no acórdão da apelação. A rigor o que houve foi uma antecipação de tutela da apelação, não dos embargos declaratórios, pois não haverá julgamento destes posteriormente.

E outra hipótese de pleiteio de tutela de urgência recursal via embargos declaratórios em primeiro grau de jurisdição seria quando estes tiverem o cunho infringente. Nestes casos, por respeito ao princípio do contraditório, há um recebimento do recurso e o despacho para a manifestação da parte embargante, assim ocorrendo as duas fases necessárias para a concessão de tutela antecipada recursal. Mas ressalva-se que a hipótese é uma exceção.

Desse modo, detecta-se a ventilação das tutelas de urgência em embargos de declaração, até mesmo a antecipação de tutela, mas desde que em segundo grau de jurisdição. No caso do juízo monocrático, somente quando este visar obter efeito infringente, desta forma, necessitando da intimação da parte embargada.

5.5.6 Tutelas de urgência nos recursos de devolutividade restrita. Embargos infringentes

Como é cediço, o recurso de embargos infringentes tem sua base legal no art. 530 do CPC, e são cabíveis contra acórdãos não-unânicos que reformam sentença de primeiro grau, ou julgam procedente ação rescisória. O interesse recursal nasce justamente nesse voto vencido, para

que, fundamentando nesse próprio voto vencido, se busque a reversão do acórdão.

O recurso de embargos infringentes é de devolutividade restrita, pois o objetivo do mesmo só pode ser um, o de fazer prevalecer o voto vencido. No entanto, não é de fundamentação vinculada, pois pode o recurso ser recebido com outro fundamento, desde que dentro dos limites quantitativos do voto vencido³⁰⁵. Usamos um exemplo de uma apelação cível, onde na sentença que tinha sido provida, o objeto principal era um preceito mandamental para a retirada do sócio-gerente da empresa por disposição contratual. O acórdão reformou a sentença para manter o sócio no cargo, tendo um desembargador manifestado-se pela saída do apelante da firma. O embargante pode não só alegar novamente o contrato para fundamentar a retirada do sócio da empresa, mas também o fato de que o sócio está causando sérios riscos à empresa. Ou seja, os fundamentos aumentam, mas o objetivo é o mesmo, qual seja, a retirada do sócio da empresa.

Agora surge um porém, essa retirada não pode ser requerida pela forma liminar, antecipando a tutela³⁰⁶ no despacho de recebimento dos embargos? Não seria um erro deixar o sócio causando danos à empresa até o julgamento dos embargos, se esses danos forem verossímeis?

A resposta que se impõe é positiva, o pleito é possível com traços de tutela interinal, já que o pedido liminar, qual seja, a retirada do sócio da sociedade, é o mesmo que se visa no acórdão.

Em regra, os embargos infringentes possuem apenas um efeito, o suspensivo quando o recurso de apelação ou a ação rescisória o tinha. Mas existem casos onde se pode conceder o efeito ativo, ou antecipação dos efeitos da tutela recursal quando o recurso visa impugnar de ato negativo.

Importante ressalva é feita por William Santos Ferreira³⁰⁷. Na maioria das vezes que se versar sobre antecipação de tutela em embargos infringentes, haverá coincidência entre antecipação de tutela jurisdicional e recursal, já que, a antecipação de tutela em embargos infringentes sempre está imbricada com o constante no voto vencido. E a matéria constante no voto

³⁰⁵ Cf. PINTO, Nelson Luiz, op. cit., p. 147.

³⁰⁶ Ou realizando um provimento cautelar para os que entendem desse modo.

³⁰⁷ op. cit., p. 319.

vencido, normalmente é que versa sobre a procedência da sentença ou a improcedência da ação rescisória.

Assunto que merece menção é o momento ideal para a concessão da medida de urgência nos embargos infringentes. Doutos no assunto, os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina³⁰⁸, Fabiano Carvalho³⁰⁹ e Sérgio Shimura³¹⁰, quando da análise dos poderes do relator dos embargos infringentes, tendo como base o art. 557 do CPC, chegam às seguintes conclusões: (a) que existem três fases de apreciação do recurso de embargos infringentes, a primeira quando o relator do acórdão recorrido recebe o recurso e manda intimar a parte embargada, a segunda no despacho inicial do relator dos embargos e a terceira no julgamento do recurso pela Câmara; (b) que na segunda fase é que pode ser deferida alguma medida com base no art. 557, sendo o uso completo dos poderes do relator defendido pelos três primeiros doutrinadores, o uso somente quando for para inadmitir recurso pelo quarto, e Sérgio Shimura que opina pela impossibilidade de se manusear as medidas do art. 557 em sede de embargos infringentes.

Ora, se é permitido o uso das medidas do art. 557 do CPC nos embargos infringentes, também é perfeitamente permitido o uso das tutelas de urgência, sendo que tais medidas deverão ser apreciadas pelo relator dos embargos infringentes. Apenas em casos excepcionais, tais medidas deverão ter como destinatário o relator do acórdão recorrido, que seria nos casos das medidas urgentes *inaudita altera pars*.

³⁰⁸ *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2005, p. 316.

³⁰⁹ Poderes do relator nos embargos infringentes. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

³¹⁰ Embargos infringentes e seu novo perfil. (Lei n. 10.352/01). ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 518.

CAPÍTULO 6 - DA DECISÃO JUDICIAL

6.1 DEFINIÇÕES E ELEMENTOS PERTINENTES À DECISÃO JUDICIAL

Decisão judicial é um termo usado freqüentemente no vocabulário forense do dia-dia. No entanto, as matérias que orbitam em torno dessa, o que seria uma decisão judicial e do que a mesma é formada, são questões carentes na rotina jurídica.

No que tange ao vocábulo “decidir”, uma consulta ao dicionário³¹¹ nos leva a vários termos, dentre eles, resolver, determinar, sentenciar, convencer, persuadir, induzir, dar decisão, opinar, emitir opinião, resolver-se e optar. Celso Fernandes Campilongo, em artigo jurídico sobre sistemas político e jurídico, traz que “decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com conseqüências sociais imprevisíveis”³¹².

Os termos ventilados, de acordo com o desenvolvido neste estudo, sugerem ainda numa imprecisão do significado de decisão judicial. Para uma definição mais precisa de decisão judicial propriamente dita, seria

³¹¹ Definições tiradas de: HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. 10.^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira.

³¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo Representativo “Versus” Governo dos Juizes: A “Autopoiese” dos Sistemas Político e Jurídico. In: *Caderno da Pós-Graduação em Direito da UFPA*. Vol. 2. Belém, abr-jun de 1998, p. 56.

necessário o uso somente dos termos “resolver”, “convencer” e “sentenciar”. Decisão judicial é a atividade do juiz no processo, que esta ligada a um conhecimento sobre uma matéria e manifestação fundamentada do magistrado sobre a lide. Em outras palavras, uma apreciação material em processo judicial, sempre com base na lei.

Numa concepção kelseniana, a decisão judicial, embora com outros termos, ontologicamente se traduz na mesma natureza do ora trazido. Kelsen³¹³ traz que a decisão judicial recria a cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização, ou concretização sempre crescente. Essa individualização segundo o jurista austríaco é verificada quando o tribunal aplicador verifica se, no caso em que se apresenta, existem “in concreto” os pressupostos de uma consequência do ilícito determinador “in abstrato” para a norma geral. É a verificação das normas gerais para fazer valer, e assim criar a *norma individual*. Essa nada mais sendo do que a decisão judicial: a criação de uma norma individual perante as partes.

O mesmo professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo antes citado, Celso Fernandes Campilongo, em outro trabalho doutrinário³¹⁴, traz alguns comentários do que tenha como idéia de decisão judicial. O eminente professor afirma que “a decisão judicial é entendida como o exercício de subsunção do fato à norma.” Deste modo, indo na mesma direção do até aqui entendido como decisão judicial, sendo esta uma manifestação judicial que define questões levadas ao Judiciário, tendo sempre como base, a norma jurídica.

O Código de Processo Civil traz, em seu artigo 162, o que seriam as decisões judiciais *lato sensu*, quais sejam, os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças. Dentre essas, para exame no presente trabalho, tratar-se-á somente do que se considera decisão judicial *stricto sensu*, que seriam as decisões interlocutórias e as sentenças. Isso porque os despachos não possuem conteúdo decisório nenhum, pois mesmo em desacordo com a normatividade, tornam-se recorríveis, mas continuam apenas seguimentos do que dita o rito.

³¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, pp. 270 e 271.

³¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 34.

As decisões judiciais retiradas para o presente estudo seguem a sistemática da sentença, apenas se diferenciando acerca da matéria apreciada, ou seja, sentenças, pelo menos com relação ao conteúdo, ventilam matérias atinentes aos arts. 267 e 269, e decisões interlocutórias ventilam as demais questões incidentais dentro do processo. Por isso, as decisões judiciais seguem a estrutura formal do art. 458 do CPC, relatório, motivação e decisório³¹⁵.

O relatório nada mais é do que uma compilação fática do ocorrido no processo, e dispositivo seria uma conclusão onde se determina o modo operacional da ordem judicial. Isso leva a crer que a fundamentação é o ponto mais importante de uma decisão judicial, é nela que o magistrado se baseia para uma decisão judicial, é nela que é demonstrado o suporte legal para justificar uma decisão judicial, é onde encontra-se o vocábulo convencer antes trazido como significado de decisão e onde se encontra a validade de uma decisão judicial perante o sistema jurídico.

A fundamentação das decisões judiciais é de tal importância que é um dos deveres estabelecidos pela Constituição³¹⁶ mais discutidos pelo judiciário, a ponto de eivar de nulidade uma decisão não fundamentada, podendo contaminar todos os atos processuais posteriores.

A fundamentação da decisão judicial não é só onde encontra-se a validade da decisão, é onde está presente o poder de convencimento, tanto ao destinatário da norma jurídica individual quanto ao próprio sistema jurídico. É a apreensão dos “inputs” e a sua conversão em “outputs”, a expectativa normativa da decisão judicial, onde há o conformismo diante desta³¹⁷.

Com base na pequena definição do que é uma decisão judicial é que doravante serão estudadas as decisões judiciais, quais sejam, as decisões judiciais sendo pronunciamentos judiciais visando por fim a questões

³¹⁵ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 1.^a ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15.

³¹⁶ Art. 93, inc. IX da CF/88: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

³¹⁷ Cf. “Assim, a possibilidade de frustração tanto do “input” (apoio e reconhecimento do Judiciário como o destinatários da demanda por justiça) quanto o “output” (conformidade diante da decisão judicial) é bastante presente.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 150)

processuais, sendo estes “pronunciamentos que põem fim”, sempre pronunciamentos fundamentados, que se baseiam, acima de tudo nas leis para dar validade, ou conforme alguns juristas, legitimidade às decisões judiciais.

6.2 DOS ELEMENTOS DE VALIDADE DE UMA DECISÃO JUDICIAL E SUA “PUREZA” NO SISTEMA JURÍDICO

Quando se fala em direito constitucional, o primeiro mandamento que é tratado, até mesmo soando como um mandamento político, é o notório “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”³¹⁸. É a concepção moderna do liberalismo preceituado por Rosseau, pós-revolução francesa, a tradução mais simples do contrato social. Tal preceito é o legitimador de toda a ordem jurídica.

O referido mandamento legitimador é encontrado em nossa tripartição de poderes e pelo método como são elaboradas nossas leis. Os capazes de voto (eleitores) elegem os membros do poder constituinte originário, estabelecendo normas e direitos fundamentais, que irão regular todo um processamento de criação de novas normas, e assim por diante.

Nessa legitimação dos congressistas para criarem normas é que se encontra a validade da norma jurídica. Em se tratando de validade, deve-se abrir o leque para dois conceitos atinentes à aplicação de uma norma jurídica: validade e eficácia. Na teoria geral do direito, validade seria a simples inserção da norma no ordenamento e ainda não revogada, e eficácia uma aceitação da população e dos operadores do direito quanto à aplicação da norma.

Hans Kelsen trata uma norma como válida desde que presente no ordenamento jurídico. Um dos maiores intérpretes da obra de Kelsen, Fábio Ulhoa Coelho traz que “validade da norma jurídica está condicionada a três pressupostos: a) competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; b) mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua

³¹⁸ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

inobservância episódica ou temporária; c) eficácia global da ordem de que é componente”³¹⁹

Com isso vê-se que segundo Kelsen, a norma para ser válida deve ter obedecido o trâmite legislativo determinar pela norma fundamental, estar em harmonia com o ordenamento e possuir um mínimo de eficácia, que seria a sua própria inserção no ordenamento jurídico. O conceito desenvolvido por Kelsen de validade de norma jurídica se atrela muito com o conceito de vigência de norma jurídica já trazido neste estudo.

Já Niklas Luhmann, quando trata do termo validade da norma jurídica desenvolve fundamentos diversos. Luhmann diz que “validez significa de nuevo como el dinero, unicamente la aceptación de la comunicación, unicamente la *autopoiesis* de las comunicaciones del sistema jurídico”³²⁰, ou seja, o jurista alemão desenvolve um raciocínio de validade da norma jurídica totalmente ligada ao conceito de eficácia segundo Kelsen.

Trocando em miúdos, para uma norma ser válida segundo Kelsen, basta ela ser vigente, já para Luhmann uma norma válida deve ir além, ser vigente e eficaz. O que, com a devida vênia, discorda-se. Uma norma para ser válida deve obedecer os preceitos legislativos obrigatórios e não, além disso, ser passível de aceitação pela sistemática. Uma norma que aumenta tributos dificilmente será válida segundo a conceituação desenvolvida por Luhmann.

O desenvolvimento desses conceitos de validade da norma jurídica é fundamental para chegarmos ao conceito de validade da decisão judicial. Definir-se norma jurídica estando atrelada à vigência ou a eficácia desta é vital para saber em torno de que conceitos orbitará a validade de uma decisão judicial, se leva-se em consideração a vigência das normas em que se baseia a decisão judicial ou se a própria decisão judicial produz eficácia.

De acordo com o já debatido, a validade está atrelado à vigência e não à eficácia. É nesse mesmo diapasão que orbitará os conceitos relacionados à decisão judicial. Uma decisão judicial para ser válida deve ser baseada, e por isso bate-se tanto na tecla da fundamentação, em leis vigentes.

³¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4.^a ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 33.

³²⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 155.

Se uma decisão é justa, política, ou socialmente correta é assunto para os sistemas correspondentes, para o sistema jurídico, a validade da decisão judicial está vinculada à validade (vigência) das normas que a fundamentam.

Pensando-se sob o prisma da eficácia, que uma decisão para ser válida deveria ter aceitação da população, para daí sim surgir a legitimidade dela, num caso recentíssimo, nas denúncias de corrupção que envolvem o governo federal, qualquer prisão de um dos membros da cúpula do executivo, seria de grande alegria para a população, daí a eficácia e a conseqüente validade. No entanto, tal arbitrariedade estaria passando por todas as garantias constitucionais, essas sim, legítimas porque advindas do povo, visto a eleição dos parlamentares que seguiram o processo legislativo determinado na norma fundamental hipotética.

A decisão judicial deve, obrigatoriamente, ser baseada em lei, é com base nela que o sistema jurídico demonstra sua unicidade. Objeto diferente é a liberdade de interpretação, essa perfeitamente válida, mesmo para demonstrar a dinâmica do ordenamento, outra é a liberdade de decisão, essa totalmente vedada. O magistrado não pode optar por um modo mais justo ou não, mas sim por um modo mais “legal” para a aplicação do direito, mesmo que seja por conceitos amplos, como os princípios constitucionais, ou cláusulas pétreas quando não exista lei específica que regule a matéria. O que é vedado é o uso político ou mesmo sociológico do ordenamento jurídico.

A aplicação legal é base de validade da decisão judicial. “Realçar a importância das regras e da legalidade não significa legalismo, formalismo ou positivismo. Mas pode representar um resgate dos direitos fundamentais com valores intrínsecos do ordenamento e fonte privilegiada de legitimação política do Estado e do Judiciário.”³²¹ Essa legitimação traduzida na própria “criação” da norma, não na sua aplicação.

Em se tratando de aplicação da norma, da busca da norma geral para a produção da norma individual, a interferência dos conceitos dos outros sistemas inseridos no ambiente é vedada. Para buscar-se um exemplo pintado a tintas fortes, usamos um trazido pelo Prof. Celso Fernandes

³²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1.^a ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 50-51.

Campilongo, que nos exemplifica que “durante a ditadura militar, não foram poucos os juristas que denunciaram o caráter burlesco dos processos judiciais por crimes políticos. Alguns chegaram a dizer que aqueles processos não representavam um capítulo do direito penal, mas uma página triste da história. Por quê? Ao invés da racionalidade do direito, da operacionalização da diferença entre o lícito e o ilícito e da observância do processo legal, o que se viu foi a substituição das referências do sistema jurídico pelos critérios do sistema político. A corrupção do “modos operandi” de um sistema pelo outro.”³²². Ou seja, traz que a clara interferência do sistema político no sistema jurídico eiva de invalidade a decisão judicial, que deve estar fiel ao sistema jurídico. É vedada qualquer influência do ambiente ou outro sistema social qualquer.

As decisões judiciais devem ter sempre como setentrião o sistema jurídico. Logicamente, acontecimentos sociais podem dar embasamento a uma decisão judicial, mas nunca transformá-la em uma decisão política ou social, a idéia de inclusão social pela jurisdição é um desrespeito à própria unidade do sistema jurídico. As tarefas sociais e políticas devem ficar a cargo de seus respectivos sistemas, tais pensamentos não podem influir numa decisão judicial. “A prática do direito exige o conhecimento do mundo, mas dentro do interior de seu domínio de competência, há um núcleo substancial da ação que opera a valorização jurídica: ela muda a situação de direito, desencadeia umas conseqüências jurídicas e, a cada lugar, rende possibilidades de novas expectativas normativas, que é esta operação de desencadeamento, não deixa de adquirir caráter jurídico.”³²³

Imaginar a interferência política, social ou mesmo ideológica na decisão judicial é ir contra o próprio conceito de sistema. Esse só existe, justamente porque é independente e produz sua própria expectativa. O sistema jurídico possui essa característica de possuir sua própria expectativa jurídica, sem a interferência de outros sistemas. O Desembargador Rui Portanova, em

³²² CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo Representativo “Versus” Governo dos Juizes: A “Autopoiese” dos Sistemas Político e Jurídico. p. 57.

³²³ “La pratique du droit exige la connaissance du monde, mais, à l’intérieur de ce domaine de compétence, il y a lè noyau substancial de l’action que opere la valorisation juridique: elle change la situation de droit, déclenche des conséquences juridiques et, par là, rend possibles de nouvelles normatives qui, sans cette opération de déclenchement, n’aurient pás acquis de caractere juridique.” (LUHMANN, Niklas. Le système juridique. In: *Archives de philosophie du droit*. Tome 31. Paris: Ed. Sirey, 1986, p. 169.)

trabalho sobre a influência da ideologia na atividade judicante, traz que o juiz é um ser humano como outro qualquer, sujeito ao turbilhão de informações, aos reflexos da sociedade. “Enfim, todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença. Pelo menos três ideologias resistem ao tempo e influenciam mais ou menos o juiz, o capitalismo, o machismo e o racismo.”³²⁴ Em obstante, a influência de tais ideologias nas decisões judiciais não é o modo mais adequado de se proferir decisões tendo o sistema jurídico como base. Se estaria admitindo o uso de pensamentos sociais e políticos em uma decisão judicial, ou seja, a influência dos sistemas social e político no sistema jurídico. Se assim fosse, se se admitisse a influência das ideologias nas decisões judiciais, deveria haver a preparação para o senso comum de cada magistrado. Senso comum, a grosso modo, seria o conceito que cada um possui de algo.

Boaventura de Souza Santos³²⁵ traz que o senso comum não é passível de embasar uma ciência, pois não está liberado de uma carga de intenção que pode carregar. Agora, conceito diferente é o de sentido comum, esse sim, o conhecimento científico sobre algo, no caso sobre a norma, pode claramente influenciar uma decisão judicial e permaneça-la válida.

Em trabalho sobre o tema Luís Alberto Warat traz que “o discurso crítico deve ter um movimento metodológico inverso. Deve explicar a realidade social depois de reconstituir criticamente os esquemas teóricos dominantes, isto é, intervir sobre o sentido comum teórico para redefini-lo. Metodologicamente, o sentido comum teórico parte da realidade social, empregando a teoria como instância ideológica de organização. O discurso crítico, ao contrário, parte do teórico para a realidade social. Sentido comum teórico dos juristas é desse modo o conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas

³²⁴ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5.ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003, p. 16.

³²⁵ “É que, enquanto no senso comum, e portanto no conhecimento prático em que ele se traduz, a causa e a intenção convivem sem problemas, na ciência a determinação da causa formal obtém-se com a expulsão da intenção.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 2.ª ed., São Paulo: Ed. Cortez, 2004, p. 30.)

de direito, as associações profissionais e administração pública. O sentido comum teórico do direito, *lato sensu*, abarca todo o conhecimento institucionalmente privilegiado.³²⁶

O próprio Warat³²⁷ traz que o sentido comum exerce influência sobre a função normativa, qual seja, atribuir interpretação aos textos legais, o que pode ser uma afirmação de que a decisão judicial é influenciada pelo sentido comum dos juristas, o que de acordo com o desenvolvido no presente estudo, está correto quanto à aplicação dos conceitos e conhecimentos.

A decisão judicial é passível de interferência de outros sistemas, isso não se discute, mas não leva a crer pela correção dessa interferência. É cediça a influência da política na decisão judicial, “o problema da interpretação é tão coligado ao sistema político quanto os problemas da sanção e da jurisdição. O papel constitucionalmente atribuído aos Tribunais de decidir, em última instância, sobre a constitucionalidade das leis é claramente acoplado ao sistema político.”³²⁸

É claro que pelo fato dessas influências existirem não quer significar que esteja correto, como já dito, somente a interpretação e aplicação da norma é que eiva de legalidade uma decisão judicial. É sabido que a técnica de aplicação da decisão judicial, principalmente quando fácil de envolver conceitos de outros sistemas, não possui facilidades como já dizia Luhmann³²⁹, mas deve-se buscar ao máximo a decisão judicial pura, somente com a influência de interpretação jurídica.

Mauro Cappelletti afirma que é condição da democracia a aplicação dos direitos fundamentais, independentes de qualquer influência de outros sistemas. “Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente

³²⁶ WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: ed. UnB, 1988, p. 38.

³²⁷ Idem. p. 39.

³²⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, pp. 142-143.

³²⁹ “Uma cooperazione tra sociologia funzionale e decisione giuridica dovrebbe essere pensata come molto complicata.” (LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Milano: Ed. Società editrice il mulino, 1990, p. 241.

ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento poderes políticos”³³⁰.

Mesmo em outros sistemas como, por exemplo, o ético, o direito deve estar presente com relação às questões, mas sempre decidindo com base legal, afinal a separação entre direito e moral é flagrante³³¹.

De qualquer modo, decisão judicial sempre deve estar fundamentada em lei, seja na sua base formal (relatório, fundamentação e dispositivo), quanto na sua forma material, sendo baseada na lei, ou mais precisamente, decidir tendo como fundamento, preceitos legais.

Um autor que pesquisou a fundo a temática da decisão judicial, Rosemiro Pereira Leal, ensina que mesmo no quesito justiça, a decisão tem que se basear em preceitos legais já que a lei foi promulgada de forma legítima, pelos eleitos do povo, o que não ocorre com ideologias e políticas. O referido autor afirma que “decisão justa só seria aquela decisão que se adequasse às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade.”³³²

Sendo assim, a decisão judicial deve sempre ser uma decisão baseada em normas jurídicas para adquirir validade, assim acompanhando os vários juristas que aqui foram citados, mas principalmente Hans Kelsen. Tal preceito é válido mesmo quando depara-se com a obrigação decidir e em princípio, não haja norma correspondente, o que será visto no item a seguir.

No plano processual, a decisão judicial encontra-se sob dois prismas, tanto pode possuir um fim instrumental ou final³³³. Este último é detectado quando se decide a composição da relação material controvertida, ou mesmo a põe fim por existência de preliminar insanável, em suma, é a

³³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 107.

³³¹ “Ora, segundo a teoria discursiva do Direito, não há um atrelamento do direito à moral, mas ambos originam-se simultaneamente. Apenas pelo procedimento é que se dá o entrelaçamento dessas esferas. Isso vai significar um abalo na estrutura da ética do discurso. Habermas vai rejeitar o atrelamento em favor de uma relação de co-originariedade. Como essa relação de co-originariedade, há uma mudança de perspectiva no modo de conceber sua teoria: primeiro, o Direito passa a assumir o papel principal na resolução dos problemas de integração social. É por intermédio do Direito é que são institucionalizadas as aspirações, vontades e opiniões dos cidadãos.” (MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 174.)

³³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Ed. Landy, 2002, p. 95.

³³³ BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. São Paulo: RT, 1993, p. 15.

sentença. A decisão comum instrumental é a decisão sobre os incidentes processuais como, por exemplo, uma decisão a validade da juntada ou não de um documento, uma determinação para fazer algo durante a lide ou mesmo uma simples determinação de se realizar uma audiência.

6.3 DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO *NON LIQUET* E AS EXCEÇÕES À SUA APLICAÇÃO

O princípio da proibição do *non liquet*, em suma, é a proibição de o magistrado deixar de decidir. Decidir seria botar fim à questão, convencendo os destinatários com o uso de norma jurídica. No entanto, não são todos os casos onde se deva, obrigatoriamente, decidir.

Existem passagens em nosso Código de Processo Civil, onde o juiz pode decidir desde que tenha base legal até maior do que uma decisão interlocutória normal ou mesmo uma sentença.

Um dos casos que ora se trata seria o do julgamento antecipado da lide do art. 330 do Código de Processo Civil. De acordo com o dispositivo legal em tela “o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II- quando ocorrer a revelia”. Assim, vê-se que há três casos de poder se sentenciar antecipadamente. O primeiro quando houver somente questão de direito. Nesse caso a facilidade de apreciação pode levar ao julgamento antecipado, sem a necessidade de audiência ou outras provas, mas mesmo assim, há de ser flagrantemente de direito como as questões tributárias, ou o magistrado deve muito bem fundamentar sua decisão de antes antecipar o julgamento, e depois a decisão em si. Se o magistrado convencer da existência, ou mesmo da inexistência do direito, pode ele perfeitamente aguardar a dilação probatória para reforçar a certeza dos fatos.

Noutro exemplo, quando não houver necessidade de dilação probatória, a obrigação de decidir também não existe. Isso porque essa desnecessidade de dilação probatória é claramente um critério que será determinado pelo próprio juiz, e se o mesmo não estiver convencido dessa desnecessidade de produção de provas, que se mande produzir as provas. E

ainda, no caso de revelia, embora na maioria dos casos, se decida antecipadamente, tem-se exemplos onde essa decisão antecipada é perigosa. Imagina-se o exemplo dos embargos do devedor, e há a revelia do embargado/exeqüente. Não é porque não houve manifestação do embargado que deva haver o julgamento antecipado. O simples fato do exeqüente não se manifestar em embargos não desconstitui um título executivo, ainda mais se for judicial. Assim a norma do art. 330, mesmo quando tendo seus fundamentos, não se encontra abarcada pelo princípio da proibição do *non liquet*, e o magistrado pode abster-se de julgar nesses casos, deixando para um momento posterior, pelo contrário, para se decidir com base no art. 330, deve o magistrado estar revestido de um alto grau de convencimento e de embasamento legal.

Caso semelhante é o encontrado no artigo 295 do CPC. O referido dispositivo legal possibilita ao magistrado indeferir a petição inicial em caso de ausência de alguma das condições da ação como se verifica nos incisos II, III e parágrafo único, e inciso III da legislação mencionada. Isso, somado ao inciso IV, que trata da decadência ou prescrição, estabelece uma decisão de mérito³³⁴ totalmente antecipatória. Permite um julgamento *in limine* de uma causa, e se repete: não se obriga o magistrado a decidir no mencionado momento, mas o possibilita, desde que perfeitamente fundamentada a resposta do judiciário, pois, justamente, não é o momento típico (normal) de se decidir uma demanda.

Situação que, diga-se de passagem, totalmente destoante do sistema é quando do indeferimento da inicial de uma ação rescisória quando constatado, de forma liminar, a inexistência de violação à lei federal do acórdão rescindendo.³³⁵ Isso porque, o indeferimento da inicial de uma ação rescisória,

³³⁴ Isso em adotando o ensinamento de Liebmann ao preceituar pela característica meritória para as condições da ação. “il difetto delle condizioni dell’azione no riguarda quel determinato processo, mas l’azione in sè, non potrà proporsi nuovamente um altro processo finchè non mutano le circostanze di fatto rilevanti (se, per. Es. Non sopravviene l’interesse de agire que prima era mancante.)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*. 4ª ed., Milão: 1980, vol I, p. 156. apud: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 32.)

³³⁵ “Ocorre que na hipótese de rescisão pretendida pela autora, ou seja, quando o acórdão “violar literal disposição de lei” (CPC, art. 485, V), não há que se falar em boa ou má interpretação do julgado ou, como assevera a petição inicial, que a interpretação dada ao caso em exame deveria ser de forma diversa em razão de doutrina e jurisprudência que acosta. [...] Em face do exposto, não estando configuradas quaisquer das hipóteses de

além do requisito prévio do art. 488, II, do CPC, segue o art. 295 do mesmo diploma à risca, ou seja, com aquelas hipóteses gritantes de improvável êxito da demanda. Trata-se de um abuso do poder de julgar a decisão liminar por negativa de vigência à lei federal, evidente questão de mérito da ação rescisória, e vedado o julgamento liminar conforme preceituam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³³⁶. Vê-se que os casos onde se dispensa o princípio do *non liquet* devem ser apreciados com muito mais cuidado, o embasamento para fundamentar deve estar gritante, saltando aos olhos para não se cometer arbitrariedade e comprometer a credibilidade do judiciário nacional.

O outro caso de exceção ao princípio da proibição do *non liquet* está estampado no art. 557 do CPC. Lá está determinado que o relator pode julgar monocraticamente quando há recurso contrário à súmula do tribunal, entendimento deste, dos tribunais superiores, e ainda na presença de jurisprudência dominante contrária ao fundamento do recurso interposto.

Quanto à questão da existência de súmula não revogada em tribunal superior a razão assiste ao relator, a decisão se reveste de um grau de facilidade, já que fatalmente será o entendimento final sobre o caso e ainda com o advento da Emenda Constitucional n. 45, a súmula, *mutatis mutantis*, ganhou mais importância, validando tal decisão judicial. Mas nas questões subjetivas atinentes aos critérios: súmula do tribunal julgador, e entendimento majoritário no tribunal julgador, tais critérios parecem muito abstratos, e, praticamente impossíveis de embasar de validade jurídica a decisão judicial recursal.

A questão de súmula do tribunal estadual julgador, certamente pode antecipar o julgamento do recurso, mas, no entanto, não reveste de

admissibilidade da ação rescisória (art. 485, CPC), com fundamento nos artigos 490, I c.c. 295, parágrafo único, incisos I e III, do Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial, julgando extinto o processo, sem julgamento do mérito (art. 267, I, CPC)” (TJPR, 11.a Câmara Cív., AcResc n.463183-2, rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 04.01.08, decisão monocrática)

³³⁶ “O relator é o juiz preparador da ação rescisória. A ele compete decidir sobre a admissibilidade da ação para julgamento pelo órgão colegiado, determinando a citação, deferindo provas, etc.. É vedado ao relator proferir decisão sobre o mérito da rescisória. Não poderá, por exemplo, indeferir a petição inicial sob o fundamento de que não houve violação a literal disposição de lei (CPC 485 V) ou porque o juiz que proferiu a sentença rescindenda era competente em razão da matéria.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 800)

certeza a decisão judicial. A um porque não apoiada em critério lógico, mas num entendimento que muitas vezes pode ser minoritário. Isso porque não é o fato de um determinado tribunal usar de um entendimento que os outros tribunais também usem. Questões como a recorribilidade da liminar em mandado de segurança, onde os tribunais de São Paulo e Rio Grande do Sul entendem pela irrecorribilidade, e os outros tribunais pátrios entendem pelo contrário, não podem dar certeza à questão. E ainda, o critério da jurisprudência dominante certamente é o critério mais incerto para se basear o relator quando for decidir um recurso. Jurisprudência dominante é um conceito totalmente vago, indeterminado, e por que não ilegal se não estiver baseado na jurisprudência DOMINANTE de um Tribunal Superior. Arruda Alvim³³⁷, em precioso escrito, afirma boa parte das idéias aqui repisadas, a de que a decisão do art. 557 somente poderia ser tomada quando houver a certeza jurídica sobre o caso, não podendo a mesma ser baseada num conceito indeterminado como jurisprudência dominante. Num judiciário de incertezas salientes, totalmente ilógico, de forma unipessoal, se fundamentar em um critério como jurisprudência dominante para manifestar que um recurso não tem procedência. É uma restrição de conceitos que não pode se valer o magistrado para não submeter a lide recursal à apreciação do órgão colegiado.

³³⁷ “É aquela primeira hipótese – da jurisprudência dominante – configuradora de uma tendência que se manifesta no direito brasileiro, consistente em atribuir competência a um membro de um colégio julgador, certamente com prejuízo imediato do julgamento colegiado, mas com vantagem para a celeridade, nos casos em que haja certeza jurídica, a qual é proporcionada, justamente, pelos referenciais de jurisprudência assente ou de súmula, esta última muito mais segura, o que nitidamente perceptível e mais estável do que a jurisprudência dominante. Vale dizer, permeia este sistema a segurança – ou uma segurança adicional, para além da do texto – de que a lei está sendo corretamente aplicada, porquanto encontra como pano de fundo súmula ou jurisprudência dominante; ou, ainda, no caso do par. 3.o do art. 475, os indicativos aí constantes; trata-se, portanto, de enxergar a lei através da súmula ou da jurisprudência dominante (ou ótica análoga), vislumbrando no texto, por meio da utilização de tais conceitos, um entendimento unívoco, sem margem para dúvidas significativas ou sem a possibilidade maior de equívocos. É claro, todavia, que o conceito ou a identificação de jurisprudência dominante demanda mais cautela na percepção de que há, realmente essa dominância. Ao referir-se a lei a súmula, utiliza-se de conceito determinado, ou, ao menos, mais determinado, com margem muito maior de segurança, ou seja, tanto basta saber se existe a súmula e qual é o sentido que aí se empresta à lei; ao passo que, nos casos em que há alusão a jurisprudência dominante, utiliza-se de um conceito indeterminado, o que demanda maior delicadeza em sua aplicação, tendo em vista a dificuldade em aferir-se ser a jurisprudência efetivamente dominante, num país como o nosso, que se ressentem em muitos campos, inclusive neste, da falta de dados estatísticos confiáveis (conducentes à certeza de ser a jurisprudência efetivamente dominante.” (ARRUDA ALVIM, José Manoel. Notas sobre algumas das mutações verificadas com as leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. In. *Direito processual civil. coleção estudos e pareceres – II*. São Paulo: RT, 2002, p. 366. v. 2.)

A decisão judicial, segundo Francisco Carlos Duarte³³⁸, tem o objetivo de absorver a insegurança jurídica, o que, neste caso, fica totalmente desnorteada tal função, já que se cria um cotovelo para o trâmite recursal, com a decisão do relator tendo reais possibilidades de reversão na câmara ou turma.

Sendo assim, a decisão do art. 557 deve estar embasada em uma legalidade e uma certeza ainda maior do que uma decisão típica final, fazendo com que não incida de forma alguma o princípio da proibição do *non liquet* nesse caso, ou seja, que o julgamento seja totalmente convincente e se reverta num grau de certeza extremo, como numa intempestividade ou deserção de recurso. O mais adequado, na grande maioria dos casos, deve ser a postergação do caso para o julgamento do órgão colegiado, também porque uma decisão monocrática sem o grau de certeza necessário, fatalmente incorrerá no recurso de agravo interno e assim, ocorrendo o mesmo efeito de um julgamento colegiado que o julgamento monocrático tentava evitar.

Desta forma, constata-se a existência de decisões que não são abarcadas pelo princípio da proibição do *non liquet*. Decisões que poderiam somente ser tomadas quando da presença de certeza e legalidade necessária já que existe momento típico (normal) posterior para a prolação de tais decisões.

³³⁸ DUARTE, Francisco Carlos. *Justiça & Decisão: teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 13. vol. I. In: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005, p. 154.

CAPÍTULO 7 - DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS NOS TRIBUNAIS

7.1. DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS

Como já ventilado (cf. item 6.1, *retro*), as decisões judiciais podem ser instrumentais ou finais, sendo estas primeiras as decisões incidentais (decisões interlocutórias que não seja alguma das hipóteses do art. 162, §1º) e as outras as decisões meritórias de acordo com os artigos 267 e 269 do CPC.

Essas próprias decisões podem ainda sofrer algumas classificações extras. Tanto as decisões instrumentais quanto às finais podem ser preferidas pelos tribunais do nosso país. As instrumentais são vistas quando do despacho de admissibilidade de um recurso ou uma ação da competência originária dos tribunais, um requerimento de levantamento da “multa” da ação rescisória (cf. art. 488, II, CPC), por exemplo. As finais seriam as decisões que realmente põem fim às lides recursais ou mesmo em ações originárias de competência dos tribunais. As que decidem o objeto dor recurso ou da ação.

Esse termo “por fim à questão” nos tribunais, por disposição constitucional, é realizado, por meio de um acórdão, ou seja, por um colegiado de no mínimo três magistrados que decidem unanimemente ou por maioria sobre a questão a eles apresentada.

Pois bem, nas duas modalidades de decisões (instrumentais e finais) podem, em sede de Tribunal, ser tomadas por somente um magistrado, dependendo do caso concreto. No caso das decisões instrumentais nos tribunais, essas, inicialmente, sempre serão tomadas por um desembargador ou ministro sem a presença de outro. Seria o caso de um despacho de admissibilidade ou apreciação de medida urgente. Nesses casos, tanto das ações de competência originária, quanto nos recursos, as decisões serão necessariamente monocráticas, sendo submetidas ao órgão colegiado somente na insatisfação do jurisdicionado que recorre via provocação do órgão colegiado.

No caso das decisões finais, essas, na maioria dos casos, serão tomadas pelo órgão colegiado, sendo que há algumas exceções. No caso das ações de competência originária, quando uma destas for manifestamente inadmissível, a decisão de indeferimento da petição inicial será tomada por somente um desembargador ou ministro. Outro caso é quando há um processo incidente como uma impugnação ao valor da causa: se a mesma é rejeitada durante o processamento da ação principal, tal decisão é realizada na forma monocrática.

A decisão colegiada é a essência dos tribunais, sendo o juízo natural dos pronunciamentos dirigidos a tal corte, não podendo ser suprimido tal julgamento, devendo sempre haver a possibilidade da via colegiada para se impugnar algum ato judicial.

As decisões colegiadas possuem previsão no artigo 555 do CPC, onde dispõe sobre o procedimento dos recursos nos tribunais, mas, tal inserção não é sem fundamento ao mencionar somente os recursos de agravo, apelação e embargos infringentes. Isso porque outros recursos como os embargos de declaração sempre serão subsidiários de outro recurso, e por disposição do art. 536 do CPC, será a petição dirigida ao mesmo órgão prolator da decisão recorrida, e outros recursos possuirão votos declarados, como nos embargos de divergência, em detrimento do voto facultativamente oral.

A obrigatoriedade da decisão colegiada vem disposta em vários ordenamentos do mundo como no art. 709 do Código de Processo Civil Português³³⁹, art. 276 do Código de Processo Civil Italiano³⁴⁰, art. 449 do Código Francês³⁴¹ e art. 197 do CPC Espanhol³⁴², disposições onde se obriga o julgamento de, no mínimo três magistrados. Disposição interessante encontra-se na Inglaterra³⁴³, nos julgamentos submetidos ao Tribunal de Apelações. Em tal caso, se a questão for flagrantemente previsível, o relator submete a questão somente a um revisor, que se concordar, lavra-se o julgamento.

Vê-se que, o ordenamento inglês admite uma mitigação do órgão colegiado quando a questão envolver a certeza jurídica preconizada no item 6.3, *retro*. No entanto, para tornar constitucional uma supressão do julgamento por três magistrados no órgão colegiado, há a redução para dois julgadores afim de preservar o debate que legitima um julgamento pelo tribunal de segundo grau.

Em se tratando de decisões colegiadas, as mesmas guardam maiores garantias de justiça e certeza da decisão. Pedro Miranda de Oliveira, citando Vittorio Denti, apresenta os prós e os contras de um sistema,

³³⁹ « A decisão é tomada por maioria, sendo a discussão dirigida pelo presidente, que desempata quando não possa formar-se maioria.» (Cf. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2.a ed., Coimbra: Almedina, p. 605, vol. 1)

³⁴⁰ «La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio. Ad essa possono partecipare soltanto i giudici que hanno assistito allá discussione. Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente lè questione pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il mérito della causa. La decisione è presa a maggioranza di votti. Il primo a vottare è il relatore, quindi l'altro giudice e infine il presidente.» (cf. CARPI, Federico; COLENSANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al código di procedura civile*. 4.a ed., Padova : CEDAM, 2002, p. 818)

³⁴¹ «La decision est rendue à la majorité des voix » Cf. Nouveau code de procedure civile. 93.a ed., Paris: Dalloz, p. 228.

³⁴² «En los tribunales colegiados, la discusión e votación de las resoluciones será dirigida por el Presidente y se verificará siempre a puerta cerrada. El Magistrado ponente somentará a la deliberación de la Sala o Sección los puntos de hecho y las cuestiones y fundamentos de derecho, así como la decisión que, a su juicio, deba recaer y, previa la discusión necesaria, se procederá la votación.» (Cf. YAGÜE, Francisco Lledó (coord.) *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 236)

³⁴³ «The Civil Division of the Court of Appeal is headed by the Master of the Rolls, who is assisted the Lord Justices of Appeal. Normally three judges sit to hear an appeal, although in important cases a full court of five may be assembled. Since 1982, some cases have been heard by two judges, in an attempt to reduce the waiting time for hearings. Decisions are made by a simple majority.» (KEENAN, Denis; RICHES, Sarah. *Business law*. 2.a ed. London: Pitman, 1991, p. 40)

mencionando que o princípio da colegialidade consagra uma tríplice garantia: (a) de uma justiça iluminada, pela elaboração da decisão proveniente do debate no interior do colegiado; b) de uma justiça imparcial, pelo controle exercido pelos membros do colegiado na formação da decisão; c) de uma justiça independente, pela maior liberdade de decisão que proporciona aos juízes o anonimato da colegialidade, porquanto encobre a responsabilidade individual. Por outro lado, assinala que o sistema monocrático, assim como a redução do número de componentes dos colegiados nos tribunais, tem relação com a racionalização do aparato judiciário, consubstanciada em uma melhor utilização dos personagens judiciais.³⁴⁴

Da mesma forma, Athos Gusmão Carneiro ao mencionar Roger Perrot, menciona que o imperativo de uma justiça rápida é aliado do juízo único, mas os juristas franceses continuam reticentes porque não esquecem que a colegialidade é uma garantia de boa justiça³⁴⁵.

Na Itália, dispositivo semelhante ao nosso artigo 557 do CPC é encontrado no artigo 281 (*quarter* em diante), porém não no tocante à matéria recursal que se detecta a possibilidade de julgamento monocrático, mas sim pela matéria de direito material envolvida, uma sentença declarada nula por exemplo. Ferruccio Auletta, enfatizando o dito pela norma, lembra que o juízo monocrático decide em nome da turma, com todos os poderes do órgão colegiado.³⁴⁶

Sem se adentrar na questão das vantagens e desvantagens de uma decisão monocrática nos tribunais, o que, por óbvio, gera uma celeridade maior já que não submete ao procedimento de submeter-se ao revisor nem ao de envio dos autos ao Ministério Público e pedido de pauta, há questões que fogem à percepção numa passada de olhos. Arruda Alvim, sabiamente,

³⁴⁴ DENTI, Vittorio. Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile. In: *Rivista di Diritto Processuale* n. 4, out-dez de 1978, pp. 622-623. *apud*: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005, p. 145.

³⁴⁵ PERROT, Roger. Giudice collegiale e giudice unico nel diritto processuale francese. In: *Rivista di Diritto Processuale* n. 3, jul-set de 1982, p. 377. *apud*: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravo e agravo interno*, p. 185.

³⁴⁶ “Il soggetto della disciplina “speciale” Che si intende passare in rassegna si identifica col « giudice designato a norma dell’articolo 168-bis o dell’articolo 484, secondo comma”, il quale, quando è in fase di “decis[i]one]” delle “cause”, stando al lessico legislativo, prende “tutti i poteri de collegio.” (AULETTA, Ferruccio. Le “specialità” del processo civile davanti al giudice monocratico del tribunale. In: *Rivista di Diritto Processuale* v. 56, n. 1, Padova: Antonio Milani, jan-março de 2001, p. 148)

preceitua sobre o prejuízo imediato³⁴⁷ de se tomar uma decisão monocrática para decidir recurso, pois se impede a manifestação colegiada, garantida constitucionalmente.

No Brasil, no caso dos recursos, o art. 557, possibilita suprimir a decisão colegiada, mas justamente porque ainda é permitida a apreciação do colegiado via agravo interno. Em tais casos, quando presentes alguns dos requisitos do art. 557 do CPC, quais sejam: a decisão impugnada seja contrária à súmula ou jurisprudência dominante; seja o recurso manifestamente inadmissível, manifestamente improcedente ou procedente; poderá o relator julgar o recurso monocraticamente. Lembrando-se que todas essas decisões monocráticas, sejam instrumentais ou finais, podem ser submetidas ao órgão colegiado por via do agravo cabível.

Por ora, posiciona-se pela legalidade de tais medidas, pois há o benefício do julgamento monocrático imediato, mas desde que baseado numa certeza jurídica relevante, e que, seja possibilitada a revisão da decisão pelo órgão colegiado para dar o fundamento constitucional almejado.

Essas decisões monocráticas nos Tribunais, sejam as incidentais em recursos ou ações de competência originária destes; ou ainda as decisões monocráticas finais, quais sejam, as que indeferem a petição inicial, julgam ações incidentais nos casos de competência originária, ou mesmo decidem recurso com base no art. 557 do CPC é que o presente estudo se presta a tentar esclarecer, e, principalmente, buscar o meio de impugnar tais decisões.

7.2.DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS TÍPICAS

É importante informar que não se pretende estabelecer uma classificação com o intuito de sistematizar os recursos do nosso direito. A presente distinção ou classificação tem somente a função de organizar algumas idéias desenvolvidas no transcorrer do presente trabalho.

³⁴⁷ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Notas sobre algumas das mutações verificadas com as leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. In. *Direito processual civil. coleção estudos e pareceres – II*. São Paulo: RT, 2002, p. 366. v. 2.

A tipicidade pode envolver a questão de ser legislado, ou seja, estabelecimento de uma conduta legal. Porém, na classificação ora sugerida, usa-se o termo “típico” como sendo o “normal” em uma situação. A decisão torna-se típica quando esta é esperada naquela situação, dentro de uma correlata expectativa.

A decisão monocrática típica é a decisão prolatada pelo relator somente, quando está se aguarda uma decisão nesse sentido. É o exemplo de qualquer decisão incidental dentro do processo nos tribunais, seja em recursos ou mesmo em ações de competência originária dos Tribunais estaduais. Quando se pede uma providência urgente dentro de tais processos, quando se examina o exame de admissibilidade de uma ação ou recurso, ou qualquer outro provimento incidental nos tribunais, está-se diante de uma decisão monocrática típica. Isso ocorre, pois, em regra, todos esses pronunciamentos serão tratados como decisões monocráticas típicas, e esse grupo responde pela grande maioria das decisões monocráticas nos tribunais.

7.3 DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS ATÍPICAS

Por consequência, as decisões monocráticas atípicas são as decisões onde o relator decide monocraticamente quando se diante de uma decisão que, em regra, seria uma decisão colegiada.

Como é notório, as decisões finais nos Tribunais são, na grande maioria dos casos, prolatadas pela turma ou câmara, por no mínimo três desembargadores conforme preceitua o artigo 555 do CPC. Quando há um pronunciamento onde está se esperando uma decisão colegiada, e da pretensão advém uma decisão monocrática, está-se diante de uma decisão monocrática atípica.

Exemplo claro de decisão monocrática atípica seria a decisão do art. 557 do CPC, quando o julgador “julga” monocraticamente um recurso quando presente algum dos exemplos estampados no referido dispositivo legal. Quando o recurso impugnar decisão de acordo com súmula ou jurisprudência dominante, estiver sem algum dos pressupostos de admissibilidade ou for manifestamente improcedente, pode o relator negar seguimento ou provimento conforme o caso. Ou ainda, se a decisão impugnada estiver em desacordo com

súmula, ou for manifestamente procedente, pode o relator, dar provimento monocraticamente ao recurso. Nesses casos, a decisão monocrática não era a esperada no caso, mas sim a apreciação do colegiado.

Outro exemplo encontra-se nos casos de indeferimento da petição inicial em ação de competência originária dos tribunais. Em tais casos, o relator da ação usa dos poderes estabelecidos pelo art. 295 do CPC e extingue a ação. Em tal caso, a pretensão do autor tem a praxe de ser apreciada pelo órgão colegiado, porém, o relator, ao constatar uma das situações preconizadas pelo art. 295 do CPC, responde à pretensão do autor monocraticamente, extinguindo o processo, praticando mais uma decisão monocrática atípica, pois não é uma decisão que ocorre na maioria dos casos.

Ainda, outra decisão monocrática atípica é no caso dos embargos de declaração que decide sobre questão apreciada pelo órgão colegiado. Nesse caso, como é cediço, o órgão que proferiu a decisão impugnada é o competente para decidir os embargos de declaração conforme o artigo 538 do CPC³⁴⁸, sendo além de ilegal³⁴⁹, atípica a decisão monocrática proferida por relator.

7.4 OS PODERES DO RELATOR E A LEI N. 9.756/98

Os poderes do relator em se tratando de recursos cíveis sofreram uma transformação radical no final do Século XX. Tais transformações potencializaram a função de relator de um recurso em nossos tribunais. Houve o que se chama de fracionamento ou delegação da função de julgar o recurso.

³⁴⁸ “Ato teratológico e ilegal do impetrado, que decidiu isoladamente, sem submeter ao órgão fracionário ao qual pertence, embargos de declaração opostos de acórdão da Câmara Cível e agravo regimental interposto de decisão solitária, violando, assim, a sistemática processual do julgamento dos recursos e aplicando indevidamente o art. 557 do CPC - Precedente.” (STJ, 2.ª T., RMS n. 17220/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28.09.04, *DJU* 13.12.04, p. 266)

“Como bem assevera o ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, “é competente para a apreciação dos embargos de declaração o mesmo órgão que proferiu a decisão embargada (CPC, art. 537). Assim, nos Tribunais, os embargos de declaração opostos a acórdão devem ser julgados pelo colegiado.” (STJ, 2.ª T., RMS n. 15050/RJ, rel. Min. Franciulli Neto, j. 01.04.04, *DJU* 09.08.04, p. 196)

³⁴⁹ Aqui se fala de ilegalidade na decisão que, monocraticamente, nega seguimento ou provimento a embargos de declaração contra decisão colegiada. No entanto, se o julgamento for com base no art. 557 do CPC, a decisão é perfeitamente legal. Sintetizando, não poderia o relator negar provimento por inexistência de omissão, poderia sim negar seguimento por intempestividade manifesta e fundamentar a decisão no art. 557 do CPC.

A primeira mudança nesse sentido adveio com a Lei de Recursos (Lei n. 8.038/90), que especificou o procedimento dos recursos e ações de competência originária perante os Tribunais superiores. Em seu artigo 38, a mencionada lei determinou que o relator, “no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

Verifica-se que a primeira legislação que deu “super poderes” ao relator para por fim a recursos, inseriu conceitos totalmente incompletos para o trâmite recursal. Primeiramente, instituiu a possibilidade do relator negar provimento inclusive a uma ação de competência originária do tribunal superior manifestamente improcedente ante a inserção do vocábulo.

Em obstante a não revogação do presente dispositivo legal, desde já, entende-se por inconcebível o julgamento monocrático de uma demanda por completo nos tribunais. Felizmente, a conduta aqui combatida não é usual em nossos Tribunais superiores.

Quanto aos termos utilizados pelo legislador para propiciar o julgamento monocrático dos recursos, melhor sorte não o assiste quanto à melhor técnica processual. No caso do artigo 38, é propiciado ao relator negar seguimento a recurso por ter perdido o objeto, ser incabível ou intempestivo. Vê-se que o legislador mencionou somente três hipóteses dos requisitos recursais, duas de requisitos intrínsecos (inexistência de fato impeditivo e cabimento) e uma de requisito extrínseco (tempestividade).

A letra da lei, embora por uma interpretação sistemática possa se entender ao contrário, somente possibilita a não conhecimento monocrático pelo relator no caso de não estar presente três dos requisitos de admissibilidade. Possibilitava que quando um recurso não tivesse o pressuposto da legitimidade, somente pudesse ter declarado o seu não conhecimento por um julgamento colegiado, o que era um flagrante contra-senso.

O outro erro flagrante do legislador na confecção do art. 38 é na expressão “negar seguimento”. Tal expressão, segundo Cândido Rangel

Dinamarco³⁵⁰, é uma locução de grande envergadura, abrangendo hipóteses de recursos desmerecedores de conhecimento, porque lhe falta algum pressuposto de admissibilidade, e recursos desmerecedores de provimento. Negar seguimento é impedir que o recurso siga de todas as hipóteses onde o recurso esteja fadado ao insucesso, o que com certeza não é a síntese da norma.

“Negar seguimento” está empregado erroneamente no referido dispositivo legal. O relator não julga o recurso negando seguimento, tem ele duas possibilidades: ou não conhece do recurso ou nega provimento ao mesmo. Constata-se que o legislador, querendo abranger as duas possibilidades, instituiu forma atípica de se definir a forma de julgar de um recurso.

Na mencionada lei regulamentadora dos procedimentos dos Tribunais superiores, a forma de impugnação ao julgamento monocrático vem estabelecido no artigo 39 da Lei n. 8.038/90. Assim como o artigo 38, aquele está nas disposições finais da lei, não guardando relação direta com o art. 38 ou o art. 40 da mencionada lei. O artigo 39 estabelece o agravo em cinco dias para decisões que cause gravame ao possível recorrente, dentre essas decisões, está a do artigo 38, ou seja, a decisão que põe fim a recurso de acordo com os fundamentos do mencionado artigo.

Em 1995, a Lei n. 9.139/95 deu nova redação ao artigo 557 do CPC, dispondo que o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior.

O referido dispositivo legal corrigiu a imperfeição técnica do artigo 38 da Lei n. 8.030/38, que restringia as hipóteses de não conhecimento do recurso somente ante a inexistência de três requisitos de admissibilidade dos recursos. Na alteração de 1995, ficou estabelecido que o relator poderia negar seguimento (não conhecer) ao recurso quando for inadmissível. Vê-se que houve a extensão do julgamento monocrático à inexistência de todos os requisitos de admissibilidade do recurso.

³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 131.

Não bastasse, o mencionado dispositivo legal estabeleceu a possibilidade de julgamento monocrático a todos os recursos cíveis, em qualquer tribunal da federação. Isso se constata pela própria localização do dispositivo legal (Cap. VII, da ordem dos processos nos Tribunais), ou seja, dentro de capítulo genérico que regulamenta todos os recursos nos Tribunais brasileiros.

Até mesmo por coerência ao artigo 39 da Lei 9.030/90, o artigo 557 do CPC também estabeleceu a recorribilidade via agravo, em cinco dias, da decisão que julga monocraticamente um recurso em seu parágrafo único. Desde já, constata-se a diferença entre as duas formas de impugnação. Diferenças sensíveis, que segundo ora se defende não deve impedir o conhecimento em caso de interposição errônea, mas que devem ser salientadas.

No caso do artigo 38 da Lei n. 8.038/90, estabeleceu-se que “da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.” Ou seja, o que se fez foi “legislar” o agravo regimental, que tem exatamente a mesma redação do art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e art. 258 do Regimento Interno do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Nada mais se fez, portanto, do que tornar lei o conhecido agravo regimental.

A Lei n. 9.139/95, por sua vez, estabeleceu o agravo, também no prazo de cinco dias, especificamente contra as decisões que julguem monocraticamente recursos. O que não havia necessidade, era estabelecer um recurso específico para essa decisão, que já era abarcada pelo agravo regimental. Embora se pudesse apresentar o agravo regimental contra todas as decisões do relator que pudesse causar prejuízo à parte, inclusive a decisão que julgasse monocraticamente o recurso, com a inserção do parágrafo único ao art. 557 em 1995, foi regulamentado recurso específico para impugnar tal ato, o agravo contra essa decisão que se chamou de agravo interno e será melhor explicado em capítulo específico.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1996, ao disciplinar os poderes do relator para julgar recursos, estabeleceu que

o relator poderia julgar monocraticamente os recursos desde que manifestamente inadmissível ou em contrário a súmula. Estabeleceu inclusive a recorribilidade via agravo regimental no caso.³⁵¹

Já a Lei n. 9.756/98, repisou todas as disposições da Lei n. de 1995, inseriu o preceituado pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, e previu possibilidade nova, a de o relator poder não somente negar conhecimento ou provimento ao recurso quando for certo o seu insucesso, como também possibilitou ao relator dar provimento ao mesmo.

Outra disposição acrescentada pela Lei n. 9.756/98 foi a possibilidade (embora já existente nos Regimentos Internos do STF e STJ) de o relator se retratar da decisão agravada, e no caso de não retratação, pôr o recurso em mesa para verificar se a turma ou câmara dá andamento ao trâmite do recurso (§2º).

Ainda, em 1998 foi disposto que no caso de apresentação do agravo interno manifestamente inadmissível ou infundado, caberá ao relator penalizar o recorrente em multa num percentual entre um e dez por cento do valor da causa, e isso impedindo a apresentação de outro recurso caso não paga a multa (§3º).

Cabe ressaltar que a referida multa impede a recorribilidade da própria multa sem o pagamento desta. A única disposição no CPC nesse sentido. Uma incongruência que fere o próprio direito de recorrer, e está eivada de inconstitucionalidade segundo Vicente Greco Filho³⁵².

³⁵¹ Art. 798. o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do Tribunal de Justiça, se houver, ou dos Tribunais Superiores.

Artigo com redação dada pelo Assento Regimental n. 324/96

§ 1º. Da decisão denegatória caberá agravo regimental, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, hipótese em que o relator pedirá dia.

Acréscimo de § 1º conforme Assento Regimental n. 324/96

§ 2º. Após o julgamento e decorrido o prazo para interposição de agravo regimental, os autos de agravo de instrumento serão devolvidos ao Juízo de origem, para pensamento aos autos principais.

Acréscimo de § 2º conforme Assento Regimental n. 324/96

§ 3º - Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo regimental, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. A imposição da multa constará da súmula de julgamento e será de imediato comunicada ao Juízo de origem, bem como anotada pela Secretaria na capa dos autos.

³⁵² “A aplicação da multa, portanto, não encontra objeção no sistema. Condicionar-se interposição de outros recursos ao seu pagamento, contudo, é injurídico e inconstitucional.

7.5 DA CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE PÕEM FIM A RECURSOS

Em se tratando do julgamento monocrático de recursos, o questionamento que surge é no tocante à legalidade desta modalidade de julgamento, mitigando o julgamento colegiado nos tribunais. À rigor, não há disposição constitucional dispondo que o julgamento dos recursos deva ser realizado por órgão colegiado,³⁵³ porém estar-se-ia tolhendo uma forma, quase na unanimidade do direito mundial, que é a forma de julgamento dos recursos pelo órgão colegiado.

José Carlos Barbosa ensina que “O juiz natural do recurso é o órgão colegiado; não há que se bloquear totalmente o caminho até ele.”³⁵⁴ E, justamente no finalzinho da expressão é que se encontra o fundamento para a legalidade do julgamento monocrático dos recursos. De fato, o juiz natural dos recursos, até por uma interpretação constitucional, é o órgão colegiado. O mencionado artigo 557 do CPC é recebido pelo sistema justamente porque não há o impedimento completo da recorribilidade para se adentrar ao órgão colegiado. O que a norma busca é um exame preliminar do relator, que em constatando uma clara possibilidade de insucesso do recurso, se manifesta pelo não conhecimento ou não provimento do recurso, e, se houver uma certa dose de conformidade do recorrente, transita em julgado.

É injurídico porque não se pode limitar a ampla defesa, o contraditório e o acesso aos meios processuais legais como instrumento coativo do pagamento de dívidas particulares.

É inconstitucional em virtude da violação desses princípios e de que os recursos, como o especial e o extraordinário, têm seus requisitos previstos na Constituição e não podem ter pressupostos criados regimentalmente ou em lei ordinária.” (GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 610)

³⁵³ Nesse sentido: “Não há norma constitucional que exija que o julgamento da apelação ou do agravo seja realizado pelo órgão colegiado, mas a lei, apenas, atribui ao Tribunal competência para julgar o recurso.” (MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo. Análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 351.)

³⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 324.

Vê-se que essa dose de conformismo do recorrente é fundamental para que o recurso não vá até o colegiado. Apenas com a inexistência de manifestação do recorrente em cinco dias após a intimação da decisão monocrática que extingue recurso é que a decisão realmente exterioriza efeitos. Do contrário, com a interposição do agravo do artigo 557, a decisão do relator é submetida ao órgão colegiado justamente para prestigiar o juízo natural dos recursos.

Cândido Rangel Dinamarco defende exatamente essa tese ora repisada, a de que o agravo do art. 557 do CPC é um cuidado do legislador para preservar a garantia constitucional do juiz natural dos recursos. “Esse cuidado homenageia a garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que põe limite ao poder do relator em julgamentos que em princípio pertencem aos órgãos colegiados; presta reverência também ao valor das garantias do juiz natural, porque os colegiados são o juiz natural dos recursos.”³⁵⁵

Doutrinadores como Eduardo Talamini³⁵⁶ e Donaldo Armelin³⁵⁷ defendem a constitucionalidade da decisão monocrática do relator que põe fim a recurso. A mencionada decisão só não está eivada de inconstitucionalidade por haver a possibilidade de se submeter a lide recursal ao julgamento pelo órgão colegiado.

Sobre a constitucionalidade da decisão monocrática que põe fim a recurso, o Supremo Tribunal Federal rotineiramente examina a questão analisando o art. 38 da Lei. n. 8.038/90, bem como o art. 577 do CPC. O guardião da Constituição Federal atribui a constitucionalidade aos dois

³⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 132.

³⁵⁶ “Contudo, terá de existir – sob pena de inconstitucionalidade – um mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, de correto desempenho da atividade delegada.” (TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo. In: *Revista de Processo* n. 80, p. 136)

³⁵⁷ “Quando essas decisões causam prejuízo à parte, assegura-se-lhe o acesso ao colegiado, antes mesmo do julgamento da causa, para o exame do decidido. Tal resulta de textos legais (artigos 545 e 557 do CPC) ou mesmo regimentais (art. 258 do RISTJ, art. 317 do RISTF [...])

Não há um alijamento do órgão colegiado, com essa inovação, e sim uma exigência de uma manifestação expressa do inconformismo de uma das partes do conflito para que esta ocorra.” (ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei n. 8.038/90, impostas pela Lei n. 9.756/98. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 199)

dispositivos legais justamente porque tais decisões possibilitam a recorribilidade ao órgão colegiado, desta forma, não estando o julgamento colegiado impedido de ocorrer³⁵⁸.

7.6 DAS REGRAS ESTABELECIDAS PELO ART. 557 DO CPC

Primeiramente, antes de se adentrar aos comentários acerca de cada ato permitido ao relator do recurso pelo art. 557 do CPC quando da decisão que põe fim a recurso, cabe breve comentário à possibilidade de manejo do referido artigo a todos os recursos cíveis.

Como já afirmado no item 7.4, *retro*, o art. 557 do CPC encontra-se no capítulo VII, no item que ventila o assunto da ordem dos processos nos Tribunais. Pois bem, constata-se que não está tratando-se de nenhum recurso em espécie, não se fala das regras do agravo ou da apelação, mas é um regramento genérico. Todos os recursos podem ser objeto de decisão monocrática de não conhecimento, não provimento ou provimento pelo relator.

É perfeitamente possível a extinção ou provimento liminar no agravo de instrumento, na apelação cível, nos embargos de declaração, nos recursos excepcionais e também nos embargos infringentes. Esse último, aliás, conta com disposição expressa de possibilidade de negativa de seguimento em decisão monocrática (CPC, art. 534), mesma disposição que conta o agravo do artigo 544 do CPC. Porém, nos dois casos, há a previsão exclusiva de impugnação da decisão monocrática para a submissão ao órgão colegiado. No caso da negativa de seguimento de embargos infringentes, pode o embargante submeter a decisão ao colegiado, tanto com base no art. 557, ou mesmo com base do art. 534 do CPC. Os dois dispositivos legais tratam do mesmo recurso:

³⁵⁸ “Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este (RISTF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; C.P.C., art. 557, redação da Lei 9.756/98) desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado.” (STF, 1.a T., RE-AgR 561645/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.11.07, DJU 19.12.07, p. 51) “Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e a dar provimento a este RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, caput, e § 1º-A, desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. Precedentes do STF.” (STF, 2.a T., RE-AgR 346375 / RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 29.09.05, DJU 14.10.05, p. 21)

o agravo interno, seja agravo interno com base em decisão que põe fim a recurso de uma moda geral (art. 557), ou base no art. 534, por estar o relator negando conhecimento aos embargos infringentes. A base legal com fundamento em um artigo ou outro não é fator para de forma alguma possibilitar o não conhecimento do recurso, já que tratam-se da mesma espécie de impugnação.

A única possibilidade onde relator não deve decidir monocraticamente é justamente no caso do agravo interno. Suponha-se que o relator negue conhecimento ao agravo de instrumento por não ter sido juntada a procuração do agravado. O recorrente apresenta o agravo interno nove dias após a intimação. Nesse caso não poderia o relator negar monocraticamente conhecimento ao recurso, já que o uso do agravo interno já é uma submissão ao órgão colegiado. Além do que, em decidindo monocraticamente o relator, negando conhecimento ao agravo interno, somente tem o cunho de propiciar uma insurgência do recorrente ao órgão colegiado, e este poder decidir pelo conhecimento ou não recurso, para depois ainda possibilitar a submissão ao órgão colegiado do agravo de instrumento em si.

Além de fechar a porta do órgão colegiado ao agravante na forma interna, sendo esta a função do agravo interno, trataria-se de um completo desperdício de atividade jurisdicional no tribunal.

7.7 NEGAR SEGUIMENTO A RECURSOS POR SER MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL

De acordo como ventilado no item anterior, o Código de Processo Civil brasileiro não adotou uma expressão jurídica correta no *caput* do art. 557 do CPC, quando estabelece que cabe ao relator negar seguimentos a recurso, quando presente algum dos impedimentos estabelecidos no referido dispositivo legal.

Como a mencionada legislação estabelece a possibilidade do julgamento monocrático do recurso, determina que o relator pode julgá-lo antes mesmo da manifestação do órgão colegiado sobre o tema, mas não estabelece um novo tipo de provimento que julga os recursos.

A expressão 'negar seguimento' não se encontra dentro das notórias formas de julgamento de um recurso: no juízo de admissibilidade ou no mérito. Negar seguimento seria uma negativa de processamento do recurso, pouco importando se o impeditivo do processamento do recurso se deu na admissibilidade ou no mérito do mesmo. O interessante é que o artigo 557 do CPC traz termos que tanto são formas de julgar no exame de admissibilidade quanto no mérito recursal.

A expressão negar seguimento por ser manifestamente inadmissível o recurso certamente trata-se de “negar conhecimento” ao mesmo. Tal hipótese é a hipótese fundamental que atribui uma real função ao artigo 557, a de filtro que o dispositivo legal deve realizar, quando existir realmente um defeito no recurso, que seja totalmente desnecessária a sua apreciação pela turma ou câmara.

Os casos de inadmissibilidade, mesmo assim, devem ser claros. São casos típicos para a utilização do art. 557 por inadmissibilidade do recurso quando ausente uma cópia de peça obrigatória para os agravos de instrumento dos artigos 522 e 544 do CPC, havendo ausência de informação da parte agravante sobre a interposição do recurso na forma do art. 526, apresentação de embargos infringentes onde não houver reforma da sentença ou julgamento de procedência da ação rescisória, ausência de preparo em recurso onde não haja determinação de não exigência deste, ilegitimidade manifesta ou mesmo intempestividade inquestionável, dentre outras possibilidades.

Esses casos, segundo o defendido no presente estudo, são as possibilidades onde o julgamento monocrático exerce a sua função, a de apontar para a recorrente que existe um impeditivo de admissibilidade em seu recurso que a própria parte recorrente ficaria convencida de o recurso não teria sucesso.

7.8 INADMITIR AGRAVO DE INSTRUMENTO POR INEXISTÊNCIA DE URGÊNCIA

O Código de Processo Civil, recentemente, sofreu algumas reformas que modificaram até algumas hipóteses de admissibilidade dos recursos. Por exemplo, no artigo 522 do CPC, onde ficou determinado que o

agravo de instrumento somente será cabível se houver perigo de dano irreparável à parte. Ou seja, o agravo de instrumento antes era cabível de todas as decisões interlocutórias, e poderia o relator transformá-lo em retido no caso de inexistência de urgência na forma do inc. II do art. 527 do CPC.

Com a promulgação da Lei n. 11.187/2005 que alterou o art. 522 do CPC, o relator, entendendo que há manifesta inexistência de urgência pode negar seguimento ao agravo de instrumento. Ou seja, no caso ora analisado, o perigo de dano irreparável passa a ser requisito de admissibilidade do agravo de instrumento.

Muito embora, o artigo 522 estabeleça o perigo de dano irreparável como caso de admissibilidade do agravo de instrumento, analisando a hipótese de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, de admissibilidade não se trata.

Caso parecido é verificado nas medidas cautelares. Como é cediço, a medida cautelar para ser cabível necessita de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, que nada mais são do que o perigo à parte no caso de não processamento da medida e a plausibilidade das alegações apresentadas. No entanto, na constatação de tais pressupostos, a medida não somente é admitida como deferida, ou seja, os requisitos da medida cautelar, na verdade, são o mérito da questão.³⁵⁹

No caso do agravo de instrumento a situação é semelhante. Apesar dos requisitos das medidas cautelares serem, dentre outras, hipóteses de cabimento do agravo conforme o artigo 522, na realidade trata-se de seu mérito. Por própria pena de esvaziamento do mérito posterior.

Observe-se bem: como poderia um agravo de instrumento ser admitido em seus requisitos (portanto, constatando-se a existência de urgência) e improvido por ausência de perigo à parte recorrente? É uma hipótese de cabimento que se confunde totalmente com o mérito da questão, portanto dessa se trata.

³⁵⁹ CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 145 e 146.

Muito embora a possibilidade do relator negar seguimento a agravo de instrumento por inexistência de urgência possa parecer uma afronta ao efetivo resultado do processo, a mesma tem sua razão de existir.³⁶⁰

Observe-se a hipótese de um agravo de instrumento contra liminar que indeferiu tutela antecipada. Em tal caso, há a necessidade de pronto atendimento à tutela jurisdicional em grau de recurso, por isso, o relator deve se manifestar de imediato. Ao receber o recurso, o relator deve ou conceder a antecipação da tutela recursal e submeter sua decisão à apreciação do órgão colegiado, ou negar de pronto a pretensão no modo monocrático, justamente pela necessidade de pronto atendimento. E, na prática, dá à parte recorrente a possibilidade de submeter ao órgão colegiado mediante o agravo interno no art. 557 já que trata-se de decisão que põs fim a a recurso e não somente negou a antecipação de tutela recursal, o que faria a parte agravante passar por toda a polêmica da irrecorribilidade de tal decisão imposta pelo art. 527, parágrafo único do CPC.

Como dito, a negativa de seguimento a recurso de agravo de instrumento por inexistência de urgência, de hipótese de admissibilidade não se trata, mas sim de exame de mérito. Desta forma, quando o relator constatar a manifesta inexistência de urgência, deve o mesmo negar provimento do agravo de não deixar de conhecê-lo. Assim já se manifestou com acerto o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.³⁶¹

7.9 NEGAR SEGUIMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO

³⁶⁰ Nesse sentido: “Diz a norma não ser possível a conversão do agravo de instrumento (=agravo pagão), “quando se tratar de provisão (=provimento, ato de prover, tutela) jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação (segunda parte, inc. II, art. 527, agravo pagão).” (COSTA, José Rubens. Agravo de instrumento. Alterações da Lei n. 10.352/2001 e do novo Código Civil. In: *Revista Forense* n. 373, Rio de Janeiro: Forense, maio-junho de 2004, p. 417)

³⁶¹ “Daí porque também não procede a alegação de “perigo de dano”, levantada pelos agravantes. Ausente a prova da verossimilhança das alegações ou do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a jurisprudência admite o indeferimento do pedido de antecipação de tutela. E, como visto, não há evidência de desacerto na decisão agravada. POR TAIS RAZÕES, com amparo no art. 557 do CPC, NEGO seguimento ao recurso, eis que manifestamente *improcedente*.” (TJPR, 2.a Câ. Cív., AgIn n. , rel. Des. Valter Ressel, j. 25.01.07, *DJPR* 09.02.07, decisão monocrática.)

Negar seguimento a recurso por manifesta improcedência certamente significa que o recurso ultrapassou o exame de admissibilidade e está na fase de apreciação do mérito, portanto, trata-se, de forma clara, de hipótese de “negar provimento ao recurso”. Disso não há a menor dúvida.

A hipótese de se negar provimento, monocraticamente, a recurso por manifesta improcedência, trata-se da hipótese mais perigosa na utilização dos poderes do relator. Certamente, esse é o caso, de que, para os que defendem o órgão colegiado como manifestação do diálogo de opiniões e somente assim se dá a legitimidade necessária à decisão do Tribunal, o que provoca as maiores críticas.

A possibilidade do julgamento monocrático somente por manifesta improcedência é prevista legalmente. Isso porque o texto do art. 557 estabelece ao relator cabe negar seguimento a recurso “manifestamente improcedente OU contrário a súmula do tribunal ou jurisprudência dominante”. Como se observa, em tese, é permitido ao relator negar provimento a recurso. Mas, vê-se que não se está diante de caso de verificação de algum impeditivo ao provimento do recurso, essa a síntese e o objetivo do art. 557 do CPC. É o exame da tese propriamente dita que está em exame, onde não se fundamenta na jurisprudência dominante para decisão, pois o fundamento seria outro, se está diante do julgamento monocrático pelo próprio convencimento do relator, o que, desde já, defende-se o seu desuso.

Ora, observe-se o caso ocorrido no Tribunal de Justiça do Paraná, onde o relator negou provimento por manifesta improcedência do recurso, não alegando nem confronto com jurisprudência dominante tampouco inexistência de urgência, mas somente manifesta improcedência da tese defendida³⁶² visto que o relator tinha julgado a mesma tese em outro sentido. Tratava-se de caso de liminar onde era necessário provimento urgente.

Em agravo interno se demonstrou toda a jurisprudência do país contrária à decisão, a turma, por unanimidade, acatou o recurso e deu provimento ao agravo³⁶³, mas nesse ínterim, a recorrente sofreu sérios danos. O simples exemplo demonstra o perigo da possibilidade de se negar

³⁶² TJPR, 1.a Câ. Cív., AgIn n. 152872-1, rel. Des. Waldomiro Namur, j. 19.11.04, DJPR 26.11.04, n. 6754.

³⁶³ TJPR, 1.a Câ. Cív., AgReg n. 152872-1/01, rel. Des. Eduardo Sarrão, j. 18.05.05, DJPR n. 6819 de 03.03.05, decisão monocrática.

provimento ao recurso na forma monocrática, hipótese que somente é defendida no caso do item posterior justamente pela completa inexistência da certeza jurídica que o art. 557 exige para ser utilizado.

7.10 NEGAR SEGUIMENTO COM BASE EM CONTRARIEDADE À SÚMULA

A hipótese do relator negar seguimento a recurso por contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante, por óbvio, também se trata de hipótese de negar provimento na forma monocrática ao recurso interposto.

Tendo em vista o objetivo do artigo 557 ora defendido, os referidos fundamentos também devem ser manejados com a certeza jurídica necessária para a decisão ter realmente alguma função, não somente criar um óbice ao processamento do recurso, o que acontecerá com a apresentação de agravo interno.

No caso do fundamento em súmula, a certeza jurídica se encontra flagrante. Súmula, segundo citação de Rodolfo de Camargo Mancuso, citando enunciado do Tribunal de Justiça de São Paulo, são “enunciados sintéticos de jurisprudência assentada pelo Órgão Especial, pela Seção Criminal e pelas turmas especiais de uniformização de jurisprudência”.³⁶⁴ A súmula representa praticamente o que se chama de jurisprudência pacífica, sendo uma reiteração de entendimentos que se exterioriza de tal forma que tenha de ficar registrado. A fundamentação em súmula para julgamento monocrático dá a certeza jurídica necessária, expõe um entendimento pacífico sobre o tema, mostra ao recorrente que a chance do recurso ser infrutífero é patente. Agora, frise-se, desde que a súmula trate de teses, for exatamente a tese contrária ao recurso e não depender de uma apreciação fática da causa ou um comparativo com outras causas.

Exemplos disso são as súmulas 07 e 83 do STJ onde, o art. 557 do CPC encontraria fundamento para uma decisão monocrática. Tais súmulas são um impeditivo à apreciação da causa pelo órgão colegiado, e devem ser

³⁶⁴ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisprudência, dominante ou sumulada, e a sua eficácia contemporânea*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 518.

aplicadas com a máxima cautela. A súmula 07 preconiza que não se conhece de recurso especial quando a tese discutida depender de apreciação fática. Esse é o caso típico do STJ no julgamento de não conhecimento do recurso especial, onde o Tribunal superior nega a tutela jurisdicional ante a dificuldade de apreciação da causa. Tal exemplo, também de acordo com o defendido no presente estudo, se não houver uma real discussão de fatos, ou mesmo reexame de laudo pericial, onde a própria jurisprudência do STJ o veda, deve ser utilizado com a máxima cautela. Embora haja a previsão legal para o julgamento monocrático com base em súmula, a aplicação da súmula 07 nos julgamentos monocráticos, em muitos casos são revertidos³⁶⁵ justamente pela dificuldade de se separar a causa da tese contida na súmula, e porque a súmula implica numa apreciação fática.

O caso da súmula 83, embora seja entendimento pacífico, trata-se de conceito imbricado com o de jurisprudência dominante. Diz a mencionada súmula que não cabe recurso especial quando a tese defendida pelo recorrente for contrária a do Tribunal.

Em tal caso, se está diante da necessidade de verificação objetiva da corrente jurisprudencial dominante, portanto, não há a decisão com base na súmula em si, há a obrigação de demonstração da jurisprudência dominante contrária à tese defendida pelo recorrente, o que, de acordo com o item seguinte, somente será a jurisprudência de Tribunais Superiores.

Em todo caso, em obstante as exceções ora apresentadas, o julgamento monocrático com base em súmulas são os únicos que conferem a certeza jurídica necessária para fundamentar uma decisão monocrática do relator sobre o mérito do recurso, sem submeter o recurso ao órgão colegiado.

7.11 NEGAR SEGUIMENTO COM BASE EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM SENTIDO CONTRÁRIO

A negativa de seguimento com base em entendimento jurisprudencial dominante em sentido contrário é tema que exige a verificação

³⁶⁵ Cf. STJ, 1.a T. REsp n. 766.236/PR, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fuz, j. 17.12.07.

de alguns conceitos preliminares. Primeiramente, necessário se faz definir o que é jurisprudência dominante.

Priscila Kei Sato define a jurisprudência dominante como sendo: “a) a existência de mais de um acórdão que reflita aquele entendimento, ou unicidade de decisão, desde que esta faça a outros julgados no mesmo sentido; b) decisão do Tribunal Pleno, mesmo que não unânime.”³⁶⁶ Muito embora em muitos casos tal conceito possa realmente refletir o real entendimento jurisprudencial, por critérios matemáticos e temporais, tal conceito não é o melhor de acordo com o preconizado pelo art. 557 do CPC para fundamentar uma decisão monocrática.

A jurisprudência dominante é mutante, passa por uma evolução constante que não permite uma decisão do pleno para dar legitimidade a uma decisão monocrática. Tal decisão pode ser desatualizada de tal modo a ponto de já haver a superação do mesmo, ou até vários entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário. Haja vista que os ministros ou desembargadores que votaram contra na decisão do pleno podem ter várias decisões em sentido contrário, podendo até ocorrer um próprio conflito entre os conceitos de jurisprudência dominante elencados no parágrafo acima.

Jurisprudência dominante é um conceito totalmente inacabado, tendo várias correntes doutrinárias conflitantes, fazendo a parte recorrente ser a única vítima de uma decisão monocrática com base em jurisprudência tomada erroneamente. Nelson Nery Junior entende que a decisão com base em jurisprudência dominante deve ser tomada com um excessivo cuidado. “Como não há procedimento legal para revisão de súmula de tribunal, seria cercear a defesa do recorrente (CF, art. 5º, LV) negar-se a examinar sua pretensão recursal, sob o fundamento de que é contrária à súmula da jurisprudência dominante do tribunal. A jurisprudência é dinâmica e, quando necessário, deve ser revista.”³⁶⁷ Sabiamente, Teresa Arruda Alvim Wambier também levanta a questão do julgamento monocrático com base em jurisprudência dominante justamente pela imprecisão do conceito e mutação da jurisprudência no nosso país, ficando a parte a mercê de quando o recurso for

³⁶⁶ “Jurisprudência (pre)dominante”, p. 583.

³⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2.a ed., São Paulo: RT, 1998, p. 189.

examinado, a jurisprudência estar a seu favor. A processualista chega a até a taxar de inconstitucional tal permissão.³⁶⁸

De todo modo, entende-se que há a brecha para a aplicação do art. 557 com base em jurisprudência dominante, desde que, como já dito, seja feito de modo totalmente prudente e cauteloso, adotando-se um entendimento que seja incontestável.

A primeira observação que se faz é no tocante ao critério matemático para se definir a jurisprudência dominante. Luiz Rodrigues Wambier entende a jurisprudência dominante existiria quando “houvesse a reiteração de decisões majoritárias daquela Corte, no mesmo sentido, na proporção de 70% para 30%, durante o período de cinco anos (ou três anos, ou dois anos, por exemplo, contados retroativamente.)”³⁶⁹ Apesar da utilização da predominância, e das decisões mais recentes nos últimos anos como critério definidor da jurisprudência dominante, o que por si só se concorda. Para a aplicação do art. 557 do CPC, tal conceito deve ser modificado.

A decisão com base no art. 557, como já várias vezes explanado, impõe um grau de certeza jurídica elevado. Deste modo, não poderia o relator decidir com base em 70% da jurisprudência dos últimos dois anos, por exemplo. Isso porque dentre os 30% restantes poderiam estar as últimas cinco decisões proferidas por três ou quatro órgãos colegiados diferentes, que realmente expressem o entendimento recente do Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, utiliza critério atípico, baseado em decisões sequer publicadas, pois está se utilizando o entendimento mais recente do órgão julgador. Portanto, com base no critério temporal para a utilização do conceito de jurisprudência dominante, exige-se as últimas decisões sobre o assunto, proferidas por órgãos colegiados diferentes,

³⁶⁸ “Todavia, nos parece que o legislador da Lei 9.756/98 foi além do que seria permitido pela Constituição Federal vigente, emprestando à súmula peso maior do que esta poderia ter no nosso sistema. Diga-se o mesmo, *a fortiori*, da *jurisprudência dominante*.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Anotações a respeito da Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 578)

³⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. In: Revista de Processo n. 100. São Paulo: RT, out-dez de 2000, p. 85.

ou, no mínimo, relatores diferentes, não levando em conta um entendimento majoritário anterior³⁷⁰.

O outro critério é do órgão prolator da decisão. O próprio artigo 557 do CPC preceitua que se a jurisprudência do órgão *ad quem* for contrária à tese do recorrente, caberá o julgamento monocrático para por fim ao recurso. Apesar de o julgamento monocrático, nesse caso, abreviar uma decisão do órgão colegiado, não pode o relator se eximir do decidido pelos Tribunais Superiores. Não poderia um tribunal possuir entendimento em disparidade dos Tribunais Superiores e adotar esse entendimento como jurisprudência dominante ao ponto de fundamentar uma decisão monocrática. O procedimento de decisão monocrática abrevia o procedimento, e, mesmo com a recorribilidade via agravo interno, não há a revisão ou manifestação do Ministério Público, somente em caso de retratação do relator ou provimento do agravo interno.

Deste modo, até para obrigar uma integração do entendimento jurisprudencial, e com isso uma melhor segurança jurídica do jurisdicionado, obrigatória uma consulta do desembargador ao entendimento dos tribunais superiores antes de proferir uma decisão monocrática. Por isso, Pedro Miranda de Oliveira afirma que “para que o relator julgue o recurso monocraticamente, sem levá-lo ao órgão colegiado, sua decisão deverá refletir fielmente a orientação predominante do STJ em matéria infraconstitucional ou do STF em matéria constitucional, levando-se em consideração a maioria absoluta de seus julgados.”³⁷¹ A mesma opinião é compartilhada por Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷².

³⁷⁰ Deste modo razão assiste aos Profs. LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, São Paulo: RT, 2001, p. 618.) quando preconizam que “a noção de jurisprudência dominante de um tribunal não pode ser obtida senão com o auxílio do conceito e da finalidade de súmula.” (ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. In: Revista de Processo n. 103. São Paulo: RT, jul-set de 2001, p. 49)

³⁷¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005, p. 164.

³⁷² “Esse relator, porém, na instância ordinária, não poderá dar provimento, monocraticamente, se a jurisprudência sumulada ou dominante não for do Supremo ou de Tribunal Superior.” (MACUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisprudência, dominante ou sumulada, e a sua eficácia contemporânea. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 545).

Diante disso, fixa-se aqui, uma tentativa de conceituação de jurisprudência dominante para o manejo do art. 557 do CPC, como sendo a manifestação das últimas decisões de tribunal superior, por mais de uma turma ou relator, onde já haja entendimento firmado.

7.12 DAR PROVIMENTO A RECURSO

Em regra, os mesmos conceitos de súmula e jurisprudência dominante são aplicáveis também para dar provimento ao recurso, até por uma questão de isonomia, somente com uma importante ressalva.

No caso da negativa de conhecimento ou provimento liminar pelo relator, a manifestação do recorrido é dispensada, justamente por haver uma decisão em seu benefício, assim, a mesma podendo ser prolatada antes mesmo de sua intimação.

No caso do provimento do recurso pelo relator, por respeito ao princípio constitucional do contraditório, a intimação do recorrido é sempre devida. Não poderia o recorrido, sem a possibilidade de se manifestar, ser surpreendido com uma decisão de recurso contra si. Se assim se admitisse, em pouco tempo será permitido ao réu ser surpreendido com uma sentença de provimento sem qualquer manifestação. O contraditório é cláusula pétrea, devendo existir em todos os procedimentos, sejam de primeira ou segunda instância.

Teresa Arruda Alvim Wambier, afirma que “por esta razão, e já que o contraditório não está formado, parece que não se aplica ao agravo o par. 1.o-A do art. 557, ou seja, o relator não pode, sob qualquer pretexto dar provimento ao recurso sem estabelecer o contraditório por mais manifestas que seja as situações ocorrentes (das listadas no §1º – A).”³⁷³ Tendo sido obedecido o princípio do contraditório, ou seja, a decisão monocrática pode ocorrer, mas desde que intimada a parte recorrente, é permitido ao relator dar

³⁷³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 297.

provimento monocraticamente ao recurso. Deste modo já decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal³⁷⁴.

7.13 DA APLICABILIDADE DO ART. 557 ÀS AÇÕES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

Dúvida pode surgir quanto à aplicação do art. 557 às ações de competência originária dos tribunais, ou seja, se pode o relator julgar extinta monocraticamente uma ação rescisória ou mandado de segurança por inexistência dos pressupostos processuais ou condições da ação, ou julgar improcedente uma ação destas com base em jurisprudência dominante, súmula ou manifesta improcedência.

Primeiramente, constata-se até mesmo por uma questão lógica, que os poderes do relator conferidos pelo artigo 557 do CPC não poderiam ser aplicados às ações de competência originária dos tribunais. Um dos motivos básicos é que os requisitos de admissibilidade de um recurso, em sua exatidão, se diferem de uma ação. O preparo, por exemplo, requisito que se inexistente leva à inadmissibilidade do recurso, na ação, no entanto, levaria a uma intimação para pagar. A tutela recursal é um reexame da causa, ou seja, houve uma apreciação anterior da lide, para somente após isso, a submissão ao tribunal. A ação originária da competência originária dos tribunais, como o mandado de segurança, está sendo intentada pela primeira vez em juízo. A base legal deve ser a de uma ação de primeiro grau, e não a recursal. Em assim se admitindo, o relator de um mandado de segurança poderia negar provimento de forma liminar, ou o que é mais grave, julgar procedente o *mandamus*. Tendo em vista que tal atitude não é permitida em primeiro grau de jurisdição, também não é no âmbito dos tribunais. O órgão a quem é dirigido a ação é à câmara ou turma, e a esta cabe dar a decisão final.

³⁷⁴ “Constitucional. Processual Civil. Tributário. Provimento do Recurso pelo Relator. Imposto de Renda: Majoração de Alíquota. Súmula 584/STF. I. - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - R.I./S.T.F., art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; C.P.C., art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - Agravo não provido.” (STF, 2.a T., RE-AgR 321778/MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 02.09.03, DJU 26.09.03, p. 21)

Por uma interpretação gramatical se entende do mesmo modo, de que não cabe ao relator de uma ação de competência originária o usar dos mesmos poderes estampados no art. 557 do CPC. Tal dispositivo é claro: o relator do recurso pode negar seguimento! Araken de Assis já defendia tal posicionamento ao afirmar que “os poderes do relator consagrados no art. 557, caput, não alcançam as ações impugnativas autônomas – rescisória, mandado de segurança e *habeas corpus*.”³⁷⁵ No mesmo sentido opina Priscila Kei Sato³⁷⁶. Em sentido contrário, opina J. S. Fagundes Cunha ao afirmar que “o mandado de segurança é utilizado para a substituição de recurso em face de decisão teratológica, em todas as hipóteses temos as variáveis necessárias e suficientes para fundamentar um entendimento de que é possível do art. 557 do CPC ao mandado de segurança.”³⁷⁷ O Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a ação de competência originária dos tribunais “não pode ser julgada por decisão monocrática, haja vista a ausência de expressa autorização legal.”³⁷⁸

O entendimento adequado, *data venia*, está com o processualista gaúcho e o Tribunal Superior.

³⁷⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 270.

³⁷⁶ SATO, Priscila Kei. A recorribilidade de decisão laminar em mandado de segurança e impossibilidade de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo* n. 96. São Paulo: RT, dez. de 1999, p. 278.

³⁷⁷ CUNHA, J. S. Fagundes. O mandado de segurança e a aplicação do art. 557 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 151 v. 11

³⁷⁸ STJ, 1.a T., Resp n. 753.194/SC, rel. Min. José Delgado, j. 04.08.2005, DJU 05.12.05, p. 240.

CAPÍTULO 8 - DO AGRAVO REGIMENTAL

8.1 DA ORIGEM DO AGRAVO REGIMENTAL

O agravo regimental nada mais é do que a possibilidade do órgão colegiado poder rever a decisão interlocutória proferida na forma monocrática, tendo como fundamento, o possível prejuízo causado ao recorrente.

O referido meio de impugnar as decisões judiciais tem sua raiz mais remota ainda nas Ordenações Manoelinas. O parágrafo oitavo, do Livro I, Título VI das referidas Ordenações do Reino de Portugal preceituava que cabia agravo para os desembargadores da Casa de Suplicação contra os despachos que fossem individualmente proferidos por qualquer que a compunham. Dizia o dispositivo legal que: “De todos os termos e mandados, que quaesquer Desembargadores da Casa da Suplicação mandarem cada um per si só, nas audiências ou fora della, em feito cível ou crime, que se há de despachar em Relação, e de que não ha de haver agravo da sentença diffinitiva: e bem assi de qualquer interlocutória, que cada um dos Desembargadores, que per seu Regimento per si só pode por em feito crime, posto que o haja de despachar

em relação, e pozer dita interlocutória por si só, poderão agravar por petição para ditos Desembargadores”.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, no primeiro estudo sistemático sobre o agravo regimental, datado de 1962, afirmou que “alí está delineado o agravo regimental, cujo fim é possibilitar o imediato conhecimento, pelo grupo de juízes, dos despachos interlocutórios proferidos por qualquer um deles.”³⁷⁹

A primeira codificação cível brasileira, o Regulamento n. 737 de 1850, não mencionou dentre seus temas o agravo regimental ou similar. Logo após, a Conselheiro Ribas, repisando as velhas ordenações de Portugal preceituava que “Os agravos de petição e de instrumento somente se admittirão nos seguintes casos: Parágrafo 21. De todos os termos e mandados que um Desembargador por si só determinar em audiência ou fora della.”

De forma oficial, e fazendo jus ao nome, que foi dado devido à previsão de tal agravo, em regra, nos regimentos internos dos Tribunais, em 1891, quando se criou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o agravo regimental voltou a ser mencionado. Disciplinava o artigo 39 do referido regimento interno que “A parte que se considerar agravada com despacho do juiz instructor ou relator, poderá requerer, no prazo de cinco dias, que elle apresente o feito em mesa para o despacho ser confirmado ou altertado por sentença do tribunal mediante processo verbal.”

Analisando o artigo em questão vê-se que em 1891 que se desenvolveu as linhas mestras do agravo regimental, quais sejam, uma possibilidade de revisão da turma ou câmara de qualquer decisão interlocutória monocrática do relator, no prazo de cinco dias, pondo o recurso em mesa para que o órgão colegiado em sessão sem solenidade confirme a decisão impugnada. Hoje, embora possa soar estranho, o procedimento é idêntico.

Posteriormente, em 1921, o Regimento Interno do Tribunal de São Paulo silenciou quanto ao agravo regimental, no que foi seguido pelo Código de São Paulo. No entanto, as outras legislações estaduais contemplaram tal meio de impugnação à decisão judicial. O Código de Minas Gerais em seu artigo 1.443, o de Pernambuco em seu artigo 1.444, o do Rio de Janeiro em seu artigo 2.327 e o do Distrito Federal em seu artigo 1.175. Tais

³⁷⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Agravo regimental. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, 1962, p. 131.

legislações estaduais influenciaram o Código paulista ao ponto de ser inserido no art. 1.113, §2º que: “a parte agravada com o despacho relator, recebendo ou rejeitando “in limine” os embargos, poderá requerer no prazo de 48 horas, que elle apresente os autos em meza para o despacho ser confirmado ou alterado pela Câmara de Apellações, mediante relatório verbal e independentemente de revisão ou inscrição.”

Em 1936, o agravo regimental, ou a sua diferenciação, pois não mais se tratava de Regimento Interno nem de impugnação a decisão interlocutória³⁸⁰, passou a ser disciplinado por lei federal. O art. 10 da Lei n. 319, disciplinava que o despacho do Presidente do Tribunal que extinguir liminarmente o recurso de revista era objeto de agravo para a Corte Plena. O Código de Processo de 1939 também preceituou essa possibilidade de se buscar o órgão colegiado no caso de rejeição de recurso liminarmente, seja o de embargos de nulidade ou infringentes (art. 836) ou o recurso de revista (art. 860).

Mas, de fato, o agravo regimental é, na sua essência, o meio de se impugnar decisões em recursos proferidas monocraticamente pelo relator para a revisão pelo órgão colegiado, “tem por missão precípua a integração do pensamento do Tribunal sempre que um de seus membros isoladamente pratique, em nome do colégio, ato a cujo respeito tenha a parte fundadas razões para acreditar que a Corte não o endossaria.”³⁸¹ Tais preceitos tiveram a sua regulamentação toda delimitada pelos Regimentos Internos dos tribunais pátrios como se verá a seguir.

8.2 AS PREVISÕES “LEGAIS” DO AGRAVO REGIMENTAL

De acordo com o mencionado no item anterior, o agravo regimental, como o próprio nome sugere, tem na sua essência, a sua regulamentação nos Regimentos Internos dos Tribunais pátrios. Conforme também afirmado, desde o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1891, é o meio de se impugnar uma decisão do relator, seja em recurso ou

³⁸⁰ Por isso dizer que esta era a primeira legislação federal sobre o agravo interno, pois se tratava de extinção *in limine* de recurso.

³⁸¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Agravo Regimental. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, p. 136.

ação de competência originária dos tribunais, no prazo de cinco dias, para o órgão colegiado, caso a parte entenda haver prejuízo causado pela decisão monocrática.

A mencionada redação influenciou a grande maioria dos regimentos internos dos tribunais a ponto de o art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³⁸²; art. 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça³⁸³; art. 200 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁸⁴; art. 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁸⁵; art. 233 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁸⁶; art. 858 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁸⁷; art. 247 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná³⁸⁸, dentre outros, adotam o mesmíssimo ensinamento preconizado no longínquo regimento do Supremo Tribunal Federal de 1891.

As diferenças são pouquíssimas como a previsão da autuação em apartado como no Rio Grande do Sul, ou a previsão pela manutenção da decisão agravada no caso de empate na votação como no Tribunal do Paraná.

³⁸² Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

³⁸³ A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

³⁸⁴ A parte que, em processo judicial ou administrativo, se considerar agravada, por decisão do Presidente ou dos Vice-Presidentes do Tribunal, Presidente da Seção Criminal, ou das Câmaras, ou ainda do Relator, de que não caiba outro recurso, poderá, no prazo de 05 (cinco) dias, contados de sua intimação por publicação no órgão oficial, requerer a apresentação do feito em mesa, a fim de que o Órgão julgador conheça da decisão, confirmando-a ou reformando-a.

³⁸⁵ Da decisão do Presidente do Tribunal, Vice-Presidentes, Corregedor-Geral da Justiça, Presidentes de Grupos de Câmaras, Presidentes de Câmaras ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁸⁶ Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco (5) dias, de decisão do Presidente, dos Vice-Presidentes ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

³⁸⁷ Ressalvadas as hipóteses do art. 504 do Código de Processo Civil e a de despachos em matéria administrativa, caberá agravo regimental, sem efeito suspensivo, contra decisão que causar prejuízo ao direito da parte, proferida pelo Presidente, pelos vice-presidentes, pelo Corregedor Geral da Justiça ou pelos relatores dos feitos.

³⁸⁸ A parte que se sentir agravada por decisão do Presidente, Vice Presidente ou do Relator, nas causas pertinentes à competência originária e recursal, salvo quando se tratar de despacho concessivo ou não de efeito suspensivo a qualquer recurso, poderá requerer, dentro de cinco (05) dias, que se apresentem os autos em mesa, para ser a decisão apreciada, mediante processo verbal e sumário, sem audiência da parte contrária e independentemente de inscrição em pauta.

Em geral, basta analisar os dispositivos regimentais ora trazidos, sem a necessidade de consultar o Regimento Interno de um Tribunal, para apresentar o agravo regimental de qualquer decisão interlocutória em um recurso ou ação de competência originária de um tribunal que o agravo regimental encontrará cabimento.

O próprio código de Código de Processo Civil estabelece a existência simplesmente de agravo, conforme o art. 496 II, não preceitua por agravo de instrumento ou retido especificamente. Prevê a possibilidade de agravo e regulamenta o procedimento do agravo de instrumento nos arts. 524 a 527 (para os Tribunais estaduais) e 544 (para os tribunais superiores), agravo retido nos arts. 522 e 533, e agravo interno nos arts. 532, 545 e 557.

A idéia já é defendida há tempos. Marcelo Abelha Rodrigues afirma que “o recurso de agravo é um só. Dissemos que tem dois procedimentos, o de retenção nos autos e o da subida imediata. Na verdade, tem também os procedimentos regimentais, ou seja, criados pelos regimentos internos dos Tribunais, cuja regulamentação, de fato, se limita à forma de processamento do recurso: não a sua essência e à sua hipótese de cabimento que é decisão interlocutória.”³⁸⁹ Donaldo Armelin também é enfático ao concordar com a corrente ora defendida pois “o texto legal reporta-se a agravo, simplesmente. É matéria cediça que agravo constitui um gênero de recurso cujas espécies são de instrumento, o retido, o inominado e até o regimental.”³⁹⁰ Posicionamento que é acompanhado por Flávio Cheim Jorge³⁹¹, Nelson Luiz Pinto³⁹² e Pedro Miranda de Oliveira³⁹³. Desta forma, o agravo regimental possui regulamentação nos regimentos internos, mas não previsão legal.

³⁸⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança. Liminar. Recorribilidade. In: *Revista de Processo* n. 78. São Paulo: RT, jan-mar de 1995, p. 253, apud: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial. p. 32.

³⁹⁰ ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei n. 8.038/90, impostas pela Lei n. 9.756/98. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 212.

³⁹¹ “O que precisa ser inicialmente esclarecido é que os regimentos internos não estão criando um recurso. O recurso já existe e se encontra consagrado no art. 496, II do CPC: recurso de agravo. O que fazem os tribunais é disciplinar um procedimento para esse recurso. Não se legisla, assim, sobre processo, mas sim sobre procedimento. A previsão contida no art. 22, I, das CF, por tal motivo, passa a deixar de ter importância.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 181)

³⁹² “Os agravos regimentais regulados pelos regimentos internos dos tribunais, não são novos recursos, mas modalidades do recurso de agravo previsto no Código de Processo Civil,

Por fim, o agravo regimental possui previsão expressa em lei federal. O art. 39 da Lei n. 8.038/90 prevê que “Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.” Muito embora possa se pensar que o art. 39 regulamenta a decisão do relator do art. 38 da mesma lei (decisão que põe fim a recurso, portanto estar-se-ia ventilando sobre o agravo interno), disso não se trata.

Por regras de hermenêutica jurídica, os artigos devem regulamentar as disposições contidas no título ou livro conforme o diploma legal. Porém, no caso em tela, trata-se de “disposições gerais”, onde se fala na generalidade sobre a aplicação da lei. Em verificando os quatro primeiros artigos das referidas disposições, vê-se que o art. 38 trata da possibilidade do relator de ação ou recurso negar seguimento à demanda, o art. 39 preceitua sobre a impugnabilidade de todas as decisões do relator que possa causar prejuízo à parte, o art. 40 reza quais os casos onde haverá revisão nos tribunais superiores, e o art. 41 preconiza que será convocado desembargador no caso de ausência por mais de trinta dias de ministro. Constata-se que por se tratar de “disposições transitórias”, nenhuma relação há entre os artigos, fazendo entender que o art. 39 não preceitua que o agravo regimental seja cabível para impugnar somente as decisões, que com base no art. 38, ponham fim a recurso por falta de pressupostos mínimos, mas toda e qualquer decisão de ministro, na forma monocrática, que possa causar algum prejuízo à parte. Francisco Cláudio de Almeida Santos, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a referida base legal afirma que “o dispositivo por último citado está localizado nas disposições gerais daquela lei e, sem distinção, estabelece hipótese de agravo de qualquer decisão do relator que causar

apenas com o procedimento disciplinado por norma regimental.” (PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2.a ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

³⁹³ “Os regimentos internos dos tribunais regulamentam o procedimento não só desse recurso, mas, em regra, de todos. Basta verificar os regimentos internos do STF e do STJ. Como os Estados podem legislar concorrentemente com a União sobre procedimentos em matéria processual (CF, art. 24, XI), cai por terra a tese da inconstitucionalidade.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005, p.361)

gravame, de qualquer natureza, em qualquer processo, à parte.”³⁹⁴ José Carlos Barbosa Moreira entende que o referido art. 39 da Lei n. 8.038/90 aplica-se, por analogia para se encontrar a recorribilidade das decisões do relator, não se permitindo a exclusão do pronunciamento do colegiado em tais casos.³⁹⁵ Portanto, aqui se encontra a base legal do agravo regimental.

8.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL

No item anterior se discutiu acerca das previsões legais do agravo regimental. Afirmou-se que o agravo regimental é uma das formas de regulamentação do agravo contido no inciso II, do art. 496 do CPC, e também que o art. 39³⁹⁶ da Lei n. 8.038/90 é a previsão expressa de tal modalidade de agravo.

Pois bem, em obstante aos argumentos tecidos no item anterior, grande parte da doutrina e também da jurisprudência entende que o agravo regimental é um recurso inconstitucional por formalidade, por não ter sido previsto por lei federal e assim ferir o art. 22, I da CF/88, que preceitua ser somente a União competente para legislar sobre processo.

Nelson Nery Junior defende que “estes agravos regimentais vêm previstos na grande maioria dos regimentos internos dos tribunais brasileiros. Essa previsão é inconstitucional por ferir, frontalmente, o art. 22, I, da Constituição Federal.”³⁹⁷ Pelo mesmo motivo, Araken de Assis ensina que “o agravo regimental infringe o princípio da taxatividade, e, nesta contingência, insere-se na cúspide do já amplíssimo grupo dos sucedâneos recursais.”³⁹⁸

³⁹⁴ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O agravo (regimental) interno no STJ. In: *Revista Consulex* v. 3, n. 27, São Paulo: Ed. Consulex, março de 1999, 51.

³⁹⁵ “Quanto aos outros tribunais, os regimentos internos costumam ter disposições sobre a matéria, à luz das quais as decisões do relator comportam agravo para o colegiado. Onde inexistir norma desse teor, deve entender-se aplicável, por analogia, o art. 39 da Lei n. 8.038/90. Em caso algum se afigura razoável excluir a possibilidade da interposição no tocante ao pronunciamento que conceda ou denegue a liminar.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança*. In: *Temas de direito processual civil. Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223)

³⁹⁶ Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 50.

³⁹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 871.

Não bastasse, o assunto foi ventilado pela jurisprudência brasileira. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já não admitiu o referido recurso exatamente pela inconstitucionalidade apontada pelos dois autores acima citados. O tribunal gaúcho já decidiu que “sendo inviável o agravo regimental contra indeferimento de pedido suspensivo ou liminar, porquanto gerado por ato normativo (regimento interno), padece de *status* recursal, afrontando o artigo 22, I, da CF/88, que atribui competência privativa à União para legislar sobre matéria processual.”³⁹⁹

Com todo o respeito aos argumentos ora tecidos, entende-se que o agravo regimental é somente um desdobramento, uma modalidade do agravo previsto no art. 496, II, do CPC, portanto, os regimentos internos, quando regulamentam o agravo regimental, não o estão criando, mas somente preceituando as regras pelo qual o recurso se processará. Portanto, os regimentos internos não criam recursos, assim não infringem o art. 22, I da CF/88, pois estão legislando somente sobre procedimento e não sobre processo. Desta forma, acompanha-se o afirmado por Flávio Cheim Jorge quando menciona que “apenas para não se deixar em aberto a questão deste tópico, pode-se dizer que o uso do agravo regimental previsto em lei estadual não é inconstitucional.”⁴⁰⁰ Isso porque soa até inútil a discussão quando há uma artigo de lei federal como o art. 39 da Lei n. 8.038/90, que regulamenta que cabe agravo das decisões que possam causar prejuízo à parte.

Sendo assim, defende-se a constitucionalidade do agravo regimental para a sua utilização em nossos tribunais.

8.4 NATUREZA JURÍDICA DO AGRAVO REGIMENTAL

A natureza jurídica do agravo regimental passa por algumas questões preliminares, e porque não dizer prejudiciais. Cabe ressaltar, que para os doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade do agravo

³⁹⁹ TJRS, 2.a Câmara Cívica, AgReg n. 70011178613, rel. Des. Roque Joaquim, j. 18.05.05, disponível em www.tj.rs.gov.br.

⁴⁰⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 182.

regimental, por exemplo, a característica natureza de recurso do mencionado agravo inexistente, cabendo a este a categoria de sucedâneo recursal⁴⁰¹.

Corrente no sentido de que o agravo regimental seria um pedido de reconsideração surge com muitos adeptos. Desde os primeiros trabalhos doutrinários sobre agravo regimental, como o do Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão⁴⁰², que entende ser o agravo regimental um meio de integração da turma e não um recurso, opinião que foi seguida por Antônio José Miguel Feu Rosa⁴⁰³.

Outros autores entendem que quando o relator decide monocraticamente, na verdade não decide em nome próprio, decide em nome do colegiado. Nesse sentido escreve João Batista Lopes⁴⁰⁴, no que é acompanhado por José Carlos de Moreira Salles⁴⁰⁵. Desta forma, o agravo regimental seria uma forma de a turma, agora de forma colegiada decida a questão. Ou seja, a turma, “novamente”, que conhece do recurso. Sendo assim, como se trata do mesmo órgão, estar-se-ia falando em pedido de reconsideração.

Quando se recorre na via regimental, de decisão interlocutória proferida pelo relator, não surge qualquer opção entre apresentar um recurso ao relator ou à turma, mas somente a esta, a impugnação é única. Desta forma, há sim uma completa diferença entre o prolator da decisão judicial. Tanto o é que é impossibilitada a recorribilidade de decisão colegiada pela via do agravo regimental⁴⁰⁶, ou mesmo impossibilitada que um órgão colegiado

⁴⁰¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007, p. 870.

⁴⁰² “Contudo, vimos afirmando que não se trata, em verdade, de recurso, mas sim de meio de integração da vontade do tribunal.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Agravo Regimental*. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, pp. 136-137)

⁴⁰³ “Todos os comentaristas são unânimes em reconhecer que o agravo regimental destina-se apenas a permitir a integração do pensamento do tribunal, não se tratando, portanto, de recurso na acepção técnica da palavra.” (FEU ROSA, Antônio José Miguel. *Agravo regimental*. In: *Revista dos Tribunais* vol. 738. São Paulo: RT, abril de 1997, p. 730)

⁴⁰⁴ LOPES, João Batista. *Agravo Regimental: Recurso ou Pedido de Reconsideração*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. vol. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 588-589.

⁴⁰⁵ SALLES, José Carlos de Moreira. *Recurso de Agravo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 178.

⁴⁰⁶ É incabível agravo regimental contra *decisão* colegiada. Recurso previsto no RISTJ apenas para atacar *decisão monocrática*.” (STJ, 4.a T., AgRg nos EDcl no RMS n. 19840/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 02.02.06, DJU 20.02.06, p. 341) “O meio recursal a impugnar decisão proferida por órgão colegiado não está amparado por agravo regimental (interno), apresentando-se o referido recurso como incabível, obstaculizando, assim, o seu conhecimento.” (STJ, 1.a T., EDcl no AgRg no AgRg no Ag 617227/SC, rel. Min. José Delgado, j. 23.08.05, DJU 19.09.05, p. 190)

examine os embargos de declaração prolatado pelo relator. Constata-se a diferença de destinatários ao se apresentar o recurso. O fato de ser o “mesmo órgão” que aprecia a impugnação não revela a característica de pedido de reconsideração, não há o chamado efeito regressivo dos recursos como nos embargos de declaração.

Não há como negar a possibilidade de se visualizar uma característica de pedido de reconsideração no agravo regimental, já que, primeiramente, o objetivo do recurso é provocar a retratação do relator, para somente em caso negativo, este submeter a decisão à turma ou câmara. Mas, *data venia*, tal possibilidade, é encontrada na grande maioria dos recursos como na possibilidade estampada no art. 529 do CPC, onde o prolator da decisão agravada pode rever a decisão.

Ainda, de acordo com o defendido no presente trabalho, o agravo regimental tem previsão legal, sendo o agravo regimental uma das espécies de agravo (cf. art. 496, III, do CPC e art. 29 da Lei n. 8.038/90), não sendo um pedido de reconsideração ou qualquer outro sucedâneo recursal.

Fabiano Carvalho, em estudo sobre o agravo interno, que como é cediço, tem o mesmo procedimento do agravo regimental (este pelo art. 317 do Supremo Tribunal Federal e o agravo interno pelo art. 557 do CPC), diferenciando-se somente quanto ao cabimento, exaure o tema. Afirma o processualista paulista que o agravo é o meio processual de opor-se à decisão unipessoal a outro órgão (o colegiado); impede a preclusão; a decisão colegiada realiza o efeito substitutivo sobre a recorrida; a ausência de requisitos do agravo o faz não ser conhecido; possui prazo e encontra-se dentro dos recursos elencados no art. 496. Portanto, sem sombra de dúvida, o mencionado agravo é um recurso⁴⁰⁷. Desta forma, natureza de recurso tal recurso possui conforme preceitua Pedro Miranda de Oliveira⁴⁰⁸.

8.5 CABIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL

⁴⁰⁷ CARVALHO, Fabiano. Estudos sobre o agravo interno. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 82. v. 11.

⁴⁰⁸ “A natureza jurídica do agravo regimental, assim como o agravo interno, é de recurso. Trata-se, na verdade, de espécie do gênero agravo e, portanto, tem natureza recursal.” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005, p. 357)

Quanto ao cabimento do agravo regimental, maiores dúvidas não existem, é o recurso cabível, em regra, contra todas as decisões interlocutórias nos tribunais, justamente por ser o recurso de agravo do art. 496 do CPC, mas com a aplicação nos tribunais. Porém, há hipóteses como se verá a seguir, que o agravo regimental terá cabimento contra decisões monocráticas que ponham fim a ação originária em segunda instância.

Embora a Lei n. 8.038/90 estabeleça a recorribilidade na via regimental contra todas as decisões monocráticas do relator, com a sistematização do agravo interno (este sim, um novo recurso, contra decisões finais de um relator), o agravo regimental restou somente de decisões interlocutórias nas ações originárias nos tribunais e seus recursos, salvo as hipóteses de indeferimento da petição inicial nas ações de competência originária dos tribunais.

8.6 BREVES SEMELHANÇAS COM O DIREITO COMPARADO

Como é cediço, o agravo regimental é o meio processual que objetiva uma apreciação colegiada do decidido pelo relator isoladamente.

Na Argentina encontram-se disposições semelhantes na lei. O art. 282 do CPC argentino preceitua a recorribilidade na via da queixa (*queja*)⁴⁰⁹, no prazo de cinco dias, de decisões que, por exemplo, negue o efeito almejado a um recurso, ou ainda, quando a parte se sentir agravada pela decisão do relator. Aqui há a característica marcante de todos os agravos regimentais regulamentados no país: o meio da turma apreciar decisão do relator passível de causar dano à parte.

⁴⁰⁹ “Si el juez denegar la apelación – dispone el art. 282, párr. 1.º CPN – la parte que se considere agraviada podrá recurrir directamente en queja ante la cámara, pidiendo que se otorgue denegado y se ordene la remisión del expediente.(...) El recurso de queja debe interponerse dentro de cinco días de notificada (por ministerio de la ley) la resolución denegatoria, con la ampliación que corresponda por razón de la distancia de acuerdo con lo dispuesto por el art. 158 (CPN, art. 282, párr. 2.º) (...) El recurso de queja es también admisible cuando se cuestiona el efecto con que se ha concedido el recurso de apelación (suspensivo, devolutivo o diferido).” (ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 12.ª ed., Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1996, pp. 595-597)

No direito italiano, encontra-se posições semelhantes nos artigos 309 e 181⁴¹⁰ do CPC italiano, quando é estabelecido à parte poder recorrer ao órgão colegiado no caso de gravame.

E, por óbvio, até por ser fonte primeira do agravo regimental no Brasil, o direito português preceitua em seu artigo 153 que a parte recorrente pode “reclamar”, no prazo de dez dias, ao colegiado de decisão gravosa do relator. O recurso se chama reclamação, e o modo como há a apreciação pelo colegiado é conhecido como conferência.

A reclamação, “em termos de regras gerais, quando qualquer das partes pretenda impugnar uma decisão do Juiz Relator (que não seja de mero expediente, pode reclamar para a conferência (10 dias – art. 153), isto é, para o colectivo de três Juízes, que emitirá acórdão,”⁴¹¹ seja de decisões que causam dano durante a ação ou mesma na inadmissibilidade do recurso⁴¹².

A reclamação é ainda o meio de buscar a integração do órgão colegiado para viabilizar um recurso excepcional⁴¹³ aos tribunais superior, como o Brasil.

Desta forma, encontram-se recursos no direito estrangeiro à semelhança do ocorrente com o agravo regimental no Brasil, como o meio de se provocar uma manifestação colegiada sobre uma decisão monocrática que

⁴¹⁰ “l’assenza delle parti si verifici ad una audienza collegiale; di conseguenza il giudice collegiale, accertata la mancata comparizione di tutti le parti costituite all’udienza di discussione, è tenuto ad uniformarsi al combinato disposto dai citati art. 309 e 181, e non può assegnare di ufficio la causa a sentenza, la quale, se indebitamente emessa, è suscettibile d’impugnazione per violazione della richiamata normativa, sempre Che il suo contenuto pregiudichi la parte impugnante (C 83/5763).” (CARPI, Federico; COLENSANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al código di procedura civile*. 4.a ed., Padova : CEDAM, 2002, p. 814)

⁴¹¹ FERREIRA, J. O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil*. 3.a ed., Coimbra: Coimbra, 2005, pp. 90-91. Neste sentido: ““Todas as decisões interlocutórias ou de caráter processual (e, neste caso, ainda que tenham como efeito por termo à instância ou ao recurso) passam a incumbir, em primeira linha, ao relator, só sendo submetidas à conferência na seqüência da reclamação deduzida pela parte prejudicada.” (REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2.a ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 596. vol. I)

⁴¹² “Do despacho que não admita a apelação, a revista ou o agravo e bem assim do despacho que retenha o recurso, pode o recorrente reclamar para o presidente do tribunal que seria competente para conhecer o recurso – art. 688, n. 1.” (PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. 6.a ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 376)

⁴¹³ “Se o relator lavrou despacho que a parte reputa ilegal, se algum dos litigantes se considera prejudicado por determinado despacho do relator e quer impugná-lo, não pode interpor recurso para o Supremo directamente; tem de provocar, em primeiro lugar, acórdão da Relação, o qual, sendo-lhe desfavorável, lhe dará, então e só então, a possibilidade de recurso para o STJ.” (LEITÃO, Helder Martins. *Dos recursos em processo civil*. 5.a ed. Porto: Almeida e Leitão, p. 68)

possa causar dano, principalmente em Portugal, onde lá, a conferência é provocada via recurso de reclamação.

8.7 O AGRAVO REGIMENTAL E O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 527 DO CPC

O agravo regimental sempre foi utilizado como o meio de se impugnar decisões interlocutórias proferidas pelos desembargadores. Tal prática se tornou usual no direito brasileiro. No entanto, com o advento da Lei n. 11.187/2005, que inseriu o parágrafo único ao art. 527 do CPC, houve a criação de uma barreira, de um impedimento de interpor recurso contra decisão que nega antecipação de tutela recursal no agravo de instrumento, ou a conversão deste em retido.

Tal disposição criou a irrecorribilidade de tais decisões, influenciando também os regimentos internos dos Tribunais, como o de Santa Catarina⁴¹⁴, que inseriram disposições evidenciando a irrecorribilidade das decisões dos incisos II e III, do art. 527 do CPC.

Desde já, ora se manifesta pela correta recorribilidade de tal pronunciamento ainda na via de agravo regimental. A um porque é o recurso de trâmite mais célere nos tribunais. A dois, porque, conforme, há muito se manifestou Coqueijo Costa, em artigo sobre agravo regimental, “toda vez que a lei processual atribui tal poder ao juiz, cria, em consequência, a possibilidade legal do prejudicado agravar”⁴¹⁵, ou seja, se a lei cria um empecilho ao conhecimento do direito da parte, por óbvio, se criará outra via de se apreciar tal direito. No caso referido, vem se admitindo a utilização do Mandado de Segurança, solução que além de morosa, somente “tranca” os tribunais por terem preferência no julgamento, havendo nova distribuição, custas, cognição,

⁴¹⁴ Art. 194. [...] § 1º Não será admitido agravo da decisão que negar efeito suspensivo a agravo de instrumento ou que indeferir a antecipação da tutela recursal (CPC, art. 527, III). § 2º O agravo será processado nos autos em que foi prolatada a decisão que lhe deu origem. § 3º Presentes os pressupostos do art. 558 do Código de Processo Civil, o agravo será recebido no efeito suspensivo.

§ 4º Quando o agravo for interposto de decisão indeferitória de petição inicial em mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 8º), será ouvido o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias.

⁴¹⁵ COSTA, Coqueijo. Juízo de admissibilidade e agravo. In: *Revista Forense* n. 254, Rio de Janeiro: Forense, abril-junho de 1976, p. 428.

indo completamente contra a intenção do legislador em reduzir a morosidade nos tribunais.

8.8 EFEITOS EM QUE O AGRAVO REGIMENTAL É RECEBIDO

A rigor, o agravo regimental é um recurso acessório, isso porque ele sempre estará inserido numa demanda recursal dita como principal. Exemplo disso seria no caso de um recurso de apelação, onde o tribunal indefere um requerimento de antecipação de tutela recursal. O requerimento está sendo feito na apelação cível⁴¹⁶, e o recurso de agravo regimental é o meio de se apreciar o incidente pelo órgão colegiado, desta forma, o agravo regimental em si não teria as características de concessão e procedimento de tutela antecipada recursal.

Tribunais como o de São Paulo⁴¹⁷ e do Rio Grande do Sul⁴¹⁸, expressam em seus Regimentos Internos que o agravo regimental não será recebido no efeito suspensivo. Situação que é abrandada pelo Regimento Interno do Tribunal de Santa Catarina que estabelece em seu art. 194, § 3.º que “Presentes os pressupostos do art. 558 do Código de Processo Civil, o agravo será recebido no efeito suspensivo.” Ou seja, nada mais fez o Tribunal catarinense do que predispor seu Regimento Interno de acordo com o preceituado pelo Código de Processo Civil.

No item 4.5.4, *retro*, foi explanado que a possibilidade de antecipação de tutela no agravo regimental possuía algumas restrições no tocante ao processamento. Isso porque há somente um despacho de admissibilidade, praticamente sem conteúdo decisório, pois o julgamento será logo em seguida com a levada do recurso para julgamento. Assim, dificilmente

⁴¹⁶ Embora, registre-se, o Tribunal de Justiça do Paraná é claro ao inadmitir, em seu próprio Regimento Interno a possibilidade de se recorrer de decisão que nega antecipação dos efeitos da tutela recursal também em apelação cível. Art. 247 do RITJPR. “§ 3º - Não se admitirá o agravo regimental contra a decisão liminar do Relator no agravo de instrumento e na apelação, a que se referem o art. 527, inc. III e o art. 558 e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil. (Redação alterada pela Resolução nº 02/2002, de 22/03/2002 – DJE 04/04/2002). Posicionamento esse que discorda-se.

⁴¹⁷ Art. 858. “Ressalvadas as hipóteses do art. 504 do Código de Processo Civil e a de despachos em matéria administrativa, caberá agravo regimental, sem efeito suspensivo, contra decisão que causar prejuízo ao direito da parte, proferida pelo Presidente, pelos vice-presidentes, pelo Corregedor Geral da Justiça ou pelos relatores dos feitos.”

⁴¹⁸ Art. 223. [...] § 4º A interposição do agravo regimental não terá efeito suspensivo.

há alguma possibilidade lógica de efeito suspensivo no mencionado recurso. Mas, embora raras possibilidades possam existir, como no caso de pedido de vistas ou mesmo no despacho de admissibilidade, caso o relator constatare uma possibilidade de dano. Neste caso, pode a tutela antecipada recursal ser ali deferida.

Assim, de forma correta preceitua o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que quando presentes os requisitos do art. 558 do CPC, até para não contrariar o Diploma Processual, e houver a utilidade no caso frente a celeridade em que o julgamento ocorrerá, possível o deferimento do efeito suspensivo (antecipação de tutela recursal) no agravo regimental.

Quanto aos outros efeitos, as possibilidades aumentam. Por óbvio, e aí vislumbrando a característica recursal no agravo regimental, constata-se a presença do efeito obstativo como primeira manifestação do recurso: evitar a preclusão. O efeito expansivo também é detectado no agravo regimental. O relator tem a obrigação de dar por prejudicado o recurso de agravo regimental se constatar uma retratação do juiz *a quo* quando se recorria de decisão negativa de liminar em primeiro grau na via de agravo de instrumento.

O mesmo aconteceria com o efeito translativo quando constatada alguma matéria de ordem pública como as condições da ação, por exemplo, e o recurso principal for uma apelação cível.

E por fim, o agravo regimental tem a característica do efeito substitutivo ante a prolação de nova decisão obedecer o preceituado no art. 512 do CPC.

8.9 DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO NO AGRAVO REGIMENTAL

O agravo regimental e também o agravo interno são recursos contra decisões monocráticas proferidas nos tribunais. Tais recursos visam à manifestação da câmara sobre a decisão impugnada do relator. A pergunta que se impõe é: pode o relator julgar um desses dois agravos na forma monocrática com fundamento do art. 557 do CPC?

A resposta é negativa. Isso porque o objetivo dos agravos de cinco dias é a decisão colegiada, é a manifestação do direito constitucional do jurisdicionado em ter uma decisão por acórdão de sua lide no tribunal. O Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁹ até tem entendimento de que é cabível diretamente o recurso especial quando um relator decide monocraticamente um agravo interno ou um regimental, justamente por tal decisão ter a característica de “ultima causa”, abrindo a via do recurso especial.

O fato é que por fundamento nenhum poderia o relator deixar de submeter um agravo interno ou regimental à apreciação do órgão colegiado. Se o contrário fosse, se fosse do agrado de um julgador, ele se negaria *ad eternum* a submeter um recurso ao crivo do órgão colegiado. Nesse sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça⁴²⁰.

⁴¹⁹ “Processual Civil. Agravo Regimental. Decisão de Última Instância. Esgotados os recursos cabíveis na via ordinária, deve ser admitido o Recurso Especial, mesmo que se volte contra decisão indevidamente proferida por Relator que acolheu a pretensão do recorrente.” (STJ, 2.a T., Ag n. 523744/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. 04.12.03, DJU 25.12.2004, p. 152)

⁴²⁰ “O agravo regimental ou agravo interno é o instrumento de que se serve a parte para buscar a retratação da decisão monocrática, ou exame pelo colegiado, de quem não pode ser suprimido o conhecimento.” (STJ, CE, MS n. 8093/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 15.05.2002, DJU 21.10.2002, p. 263)

CAPÍTULO 9 - DO AGRAVO INTERNO

9.1. DA NOMENCLATURA DO REFERIDO AGRAVO

O agravo que ora se analisa é cercado de algumas controvérsias no que tange a sua nomenclatura. José Frederico Marques fundamenta sua opinião no fato de que a lei processual não estabeleceu o nome do recurso e então preferiu chamá-lo de agravo inominado⁴²¹. O que nos parece não ser a designação mais correta, pois existem outros recursos sem a exata nomenclatura e de certa forma, estaríamos excluindo tal agravo dos demais. Há ainda nomenclaturas como “agravo de lei”, como se os demais não tivessem previsão legal, ou ainda “agravinho”, dando a entender que este não tem qualquer relevância perante o sistema jurídico.

A doutrina dominante, dos quais destacamos Carreira Alvim⁴²², Athos Gusmão Carneiro⁴²³, João Batista Lopes⁴²⁴ e Luiz Orione Neto⁴²⁵, que

⁴²¹MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Ed. BookSeller, 2001, p. 189.

⁴²²CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *O Novo Agravo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 125.

⁴²³CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 211.

preferem chamar o agravo do art. 557 de “agravo interno”, pois o mesmo agride decisão interna do Tribunal e não há uma revisão por outro órgão como nos casos dos agravos de instrumento e retido quando o órgão *ad quem* revisa decisão do órgão *a quo*. Se verificarmos, o mesmo acontece com outros recursos do CPC como embargos de declaração, embargos de divergência, embargos infringentes, e nenhum recebe tal nome ou é tratado como “interno”.

Cabe lembrar que o agravo interno é encontrado sob várias denominações, tais como: (a) agravinho, devido ao seu prazo menor para a interposição⁴²⁶; (b) agravo inominado devido à ausência de denominação pelo CPC⁴²⁷; (c) agravo do art. 557, par. 1.º como no Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴²⁸; (d) agravo sequencial como é conhecido em Santa Catarina⁴²⁹, já que existindo uma decisão monocrática que julga recurso, “na seqüência”, surge o agravo ora ventilado. Mas, a doutrina vem admitindo com um uso mais técnico, já que é um recurso contra decisões do próprio tribunal para este, a denominação de agravo interno.

Eduardo Talamini⁴³⁰ opina pela irrelevância de tal discussão, o processualista paranaense nos ensina que “o nome que se dê à medida – “agravo interno”, “regimental”, “agravinho” – é irrelevante, pois a essência do “agravo” interposto no âmbito interno do Tribunal contra decisões isoladas de algum de seus membros é sempre a mesma: trata-se de mecanismo destinado a levar ao colegiado a decisão individualmente adotada.”.

⁴²⁴ LOPES, João Batista. Agravo Regimental: Recurso ou Pedido de Reconsideração. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. vol. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 587.

⁴²⁵ ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, 395.

⁴²⁶ MIRANDA, Fernando Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VIII*. Atualizado por Sérgio Bermudes. 2.ª ed., Ed. Forense, 2001, p. 198

⁴²⁷ ARMELIN, Donald. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei n. 8.038/90, impostas pela Lei n. 9.756/98. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 209.

⁴²⁸ TJMG, Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Apelação Cível n. 00.000773-0, rel. Des. Newton Janke, j. 19.08.2004.

⁴²⁹ “AGRAVO SEQUENCIAL. Recurso. Agravo de instrumento. Motivação que se contrapõe ao entendimento dominante no Tribunal local. Negativa de seguimento. Autorização legal existente. É suficiente a contraposição da motivação recursal à jurisprudência predominante no Tribunal local, para que reste o relator autorizado a, na forma da lei processual civil, negar monocraticamente seguimento a recurso de agravo de instrumento.”, cf. TJSC, Agravo, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18.11.2004.

⁴³⁰ TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

Porém, a título de identificação, fica a nossa opinião pela manutenção da nomenclatura de agravo interno ao agravo do art. 557, § 1.º, do CPC.

9.2 DO CABIMENTO DO AGRAVO INTERNO

O agravo interno tem seu cabimento definido sem muitos problemas. Como definiu-se o agravo regimental como cabível, em grau de recurso, somente de decisões monocráticas interlocutórias (justamente pela sistematização do agravo interno), e decisões monocráticas nas ações de competência originária nos tribunais, o agravo interno tem espaço para impugnar decisões que põem fim a recurso.

Como já dito, o agravo regimental surgiu ainda no século XVIII, para impugnar decisão interlocutória do relator que pudesse causar prejuízo ao jurisdicionado de segundo grau de jurisdição. Tal recurso é um gênero de agravo, e por inteligência do art. 496, II do CPC, com o intuito de impugnar decisões interlocutórias, nesse caso, em segundo grau de jurisdição.

Pois bem, embora possa parecer um paradoxo, o agravo interno não é uma modalidade de agravo, não é um recurso que visa impugnar decisões interlocutórias como preceituado nos arts. 496, II e 522 do CPC. O agravo interno é uma criação dos arts. 532, 545 e 557 do CPC, que permitem uma apreciação pelo órgão colegiado de uma decisão monocrática que põe fim a recurso. Todas as modalidades ora apresentadas são agravos interno, sendo a regulamentação primária regulada pelo art. 557 do CPC, em caso da decisão de negativa de seguimento a recurso de embargos infringentes utiliza-se também como fundamento o art. 532, e acontecendo o mesmo quanto ao agravo do art. 544 do CPC, utiliza-se o art. 545 como fonte subsidiária.

Pois bem, frisa-se bem que o agravo interno é cabível quando houver uma decisão monocrática que ponha fim a recurso exclusivamente.

9.3 DO PROCEDIMENTO DO AGRAVO INTERNO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO E COLOCAÇÃO EM MESA

De acordo com o já tratado no capítulo que fala sobre a natureza jurídica do agravo regimental, uma primeira fase daquele recurso tem características de pedido de reconsideração. Com o agravo interno ocorre o mesmo.

Havendo a recorribilidade via agravo interno de uma decisão monocrática que põe fim a recurso, a primeira providência é o recebimento do recurso pelo relator. Primeiramente, cabe o relator apreciar o recurso, e de acordo com o par. 1.o-A do art. 557, deve o relator verificar se a decisão recorrida não se encontra em confronto com súmula, jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Caso esteja a decisão recorrida em confronto com tais requisitos, deve o relator fazer a retratação da decisão monocrática recorrida.

Em caso de manutenção do posicionamento da decisão monocrática recorrida, o relator apresentará o recurso em mesa com a manifestação de seu voto pelo improvimento do recurso de agravo interno. Segundo Barbosa Moreira, apresentar o processo “em mesa” significa, na linguagem forense, levá-lo à apreciação do colegiado com dispensa de inclusão em pauta previamente publicada.”⁴³¹

No caso de transcorrer-se mais de duas sessões da apresentação do agravo interno, já há a discussão para a inclusão em pauta com a intimação das partes. Tal regra está sendo objeto de exame no projeto de lei n. 1823, que visa incluir um parágrafo 4.o ao art. 552 do CPC⁴³².

9.4 DOS EFEITOS DO AGRAVO INTERNO

Quanto aos efeitos em que o agravo interno é recebido, não cabem maiores alterações quanto ao explanado quando ferido o assunto da mesma situação no agravo regimental. Como aquele recurso, o agravo interno também é um recurso acessório, dependendo do andamento de outro recurso dito principal.

⁴³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Lei n. 9.756/98: uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz. In: *Temas de direito processual civil. Sétima série*. São Paulo: Saraiva: Forense, 2001, p. 83.

⁴³² O julgamento de agravo contra decisão do relator, caso não ocorra nas duas sessões ordinárias subseqüentes à interposição, dependerá de inclusão em pauta se assim o requerer qualquer das partes.”

Quando extinto o recurso de agravo de instrumento, por exemplo, por via de decisão monocrática. Neste caso, nada impede a concessão de tutela antecipada recursal, reativando pedido no recurso principal, mas fundamentando que o agravo interno há claras possibilidades de êxito.

Porém, em regra, até pelo lapso temporal entre a apresentação do agravo interno e seu julgamento, o mesmo é recebido apenas no efeito devolutivo

9.5 DO CONTRADITÓRIO NO AGRAVO INTERNO

Um dos pontos que gera divergência na doutrina pátria é no tocante ao contraditório no agravo interno. Como o agravo interno é um recurso ao órgão colegiado visando impugnar a decisão do relator, sendo que nesta decisão, positiva ou negativa, não existe a intimação dos agravados para responder um recurso de agravo interno. Cabe advertir que os Profs. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery⁴³³ acham obrigatório em virtude do art. 5.º, LV da CF/88.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁴³⁴ traz que o agravo interno é um recurso onde não há contraditório em todas as suas hipóteses. Fazendo-se um cotejo das hipóteses de agravo interno, *data maxima venia*, entende-se pela possibilidade do contraditório em todas as hipóteses que o agravo interno, embora sendo um contraditório diferido. Tomando como exemplo um recurso de agravo de instrumento, que em virtude de decisão terminativa monocrática houve o agravo interno. Vê-se que são encontradas as seguintes possibilidades:

(a) o relator dá provimento ao recurso de agravo de instrumento. A parte agravada é intimada e agrava na forma interna com os fundamentos contra a decisão monocrática, ou seja, que a decisão não era baseada em jurisprudência dominante, e, após o provimento do agravo interno, apresenta as efetivas contra-razões do agravo de instrumento;

⁴³³ op. cit., p. 931.

⁴³⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: 2007, p. 434.

(b) o relator nega seguimento ao recurso de agravo de instrumento. A parte agravante agrava na forma interna com fundamento de que o recurso de agravo de instrumento não continha em seu bojo argumentos contrários à jurisprudência dominante, o que, se procedente o agravo interno, o procedimento é o de se voltar ao *stato quo ante* e se intimar a parte agravada de instrumento para respondê-lo na forma do art. 527, V;

(c) o relator manda intimar a parte agravada de instrumento e só depois emite uma decisão monocrática. Seja qual, for já houve manifestação das partes e a parte sucumbente desta decisão monocrática tem legitimidade para interpor agravo interno;

(d) a única possibilidade onde o recurso de agravo interno poderia desrespeitar o contraditório é na remota possibilidade de o relator negar seguimento ao agravo de instrumento, o que posteriormente seria impugnado via agravo interno, e, o órgão colegiado dar provimento ao agravo interno e ao de instrumento sem ouvir a parte agravada. Primeiramente, como já dito, o procedimento correto é a intimação da parte agravada para contra-razoar o agravo de instrumento⁴³⁵, e não dar provimento ao recurso e encerrar seu procedimento. Se por um erro grotesco, isso vier a ocorrer, sem a intimação da outra parte, a via do Mandado de Segurança se apresenta como o mais indicado ao caso.

Desta forma, pelo menos, nas hipóteses analisadas, há a manifestação da parte contrária em todas as possibilidades. É o chamado contraditório diferido, pois o contraditório se refere ao agravo de instrumento e não ao agravo interno dito, “é desnecessário o contraditório no “agravo interno” porque já houve a possibilidade de contraditório acerca das questões que nele serão examinadas.”⁴³⁶

Maiores questões surgem quando após a apresentação de contra-razões pela parte agravada, o desembargador decide monocraticamente, e, na impugnação via agravo interno, são ventiladas matérias de ordem pública que podem levar ao provimento do agravo de instrumento. Neste caso, obrigatória a intimação da parte agravada para

⁴³⁵ No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, p. 659; Athos Gusmão Carneiro. op. cit., p. 217.

⁴³⁶ Eduardo Talamini. op. cit., p. 189.

contra-razoar por respeito ao princípio do contraditório quanto ao fato novo alegado, conforme preceitua José Alexandre Manzano Olinani.⁴³⁷

9.6 DA IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL

Tema certamente que gera curiosidade é a possibilidade de se sustentar oralmente um recurso de agravo interno. O Código de Processo Civil, em seu artigo 554 preceitua que não haverá sustentação oral nos embargos declaratórios e no agravo de instrumento. Surge a básica dúvida de que como o agravo interno não está ali elencado, se a este poderia surgir a possibilidade de haver sustentação oral.

Nos Códigos de Processo Civil estaduais, quando a ainda se falava somente em agravo regimental, estabelecia a sustentação em tais casos. “O Código paulista chega ao ponto de ser inserido no art. 1.113, par. 2.o que: “a parte agravada com o despacho relator, recebendo ou rejeitando *in limine* os embargos, poderá requerer no prazo de 48 horas, que elle apresente os autos em meza para o despacho ser confirmado ou alterado pela Câmara de Apellações, mediante relatório verbal e independentemente de revisão ou inscrição.” Já no carioca, previa que “se não for caso de embargos, nos termos da legislação em vigor, assim o decidirá o relator, dando recurso de agravo para a Corte. Interposto por petição, o agravo, sem dependência do termo, o relator apresentará o feito em mesa para julgamento e relatará o recurso, sem tomar parte, na discussão e lavrará o acórdão. O agravante, após o relatório, poderá sustentar as suas conclusões em prazo não excedente a um quarto de horas” (art. 1.175, par. 2.o).

Não se defende a possibilidade de sustentação oral em agravo interno justamente por este ser um recurso acessório. Imaginando-se uma negativa monocrática de seguimento à um agravo de instrumento, o agravo interno visará dar seguimento ao agravo, com a intimação para as contra-razões, e aí sim haver a sessão, que mesmo assim, não poderá haver sustentação oral por se tratar de agravo de instrumento. Caso diferente ocorre se o recurso fosse apelação cível. Fredie Didier Jr. e Leonardo José

⁴³⁷ OLINANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: RT, 2007, p. 133

Carneiro⁴³⁸ da Cunha sustentam que no caso de apelação cível, e a decisão do relator for por manifesta improcedência do recurso, o agravo interno, neste caso, estaria ventilando o mérito da apelação e, portanto, caberia sustentação oral com base no art. 544 do CPC. Com todo respeito aos processualistas nordestinos, mesmo nesse caso, o julgamento do agravo interno estará versando sobre mérito, mas terá como objeto a questão de saber se o recurso de apelação é manifestamente improcedente ou não. Demonstrando-se que entendimentos no sentido defendido pelo recorrente, o agravo interno será provido, para o recurso de apelação ser levado ao Ministério Público se for o caso, e posteriormente ao revisor, para aí sim, haver a sustentação oral com base no art. 554 do CPC.

No entanto, a posição dos mencionados processualistas pode ganhar força, mas por própria disposição legal. Hodiernamente, tramita um projeto de lei (PL 1.823/96) que voltou a estar sob apreciação ante a relatoria de Zulaiê Cobra. Tal projeto irá estabelecer a possibilidade de sustentação oral no agravo interno desde que este examine o mérito, e não poderá haver sustentação oral se este estiver decidindo tempestividade de recurso, por exemplo. Prevê o mencionado projeto de lei, alterando o art. 554 do CPC, que as partes terão igualmente direito a sustentação oral quando “no julgamento de agravo interno contra a decisão que, nos termos do art. 557, haja decidido o mérito da causa.”

O Superior Tribunal de Justiça, que nomina o agravo interno também de regimental, como se no sistema antigo fosse, entende que “nos termos dos arts. 91, I e 159 do RISTJ, o agravo regimental independe de pauta e nele não há sustentação oral dos advogados.”⁴³⁹

9.7 AGRAVO REGIMENTAL X AGRAVO INTERNO

Pois bem, devido à problemática que pode ter surgido durante o próprio trabalho, onde foi desenvolvido o pensamento de que o agravo interno

⁴³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. 5.a ed., Salvador: Podivm, 2008, p. 516. vol. 3.

⁴³⁹ STJ, 6.a T., AgRg no REsp 453700/MG, rel Min. Paulo Medina, j. 31.08.05, DJU 24.10.2005 p. 391.

é cabível de decisões monocráticas que ponham fim a recurso, enquanto o agravo regimental é o recurso cabível contra qualquer decisão monocrática nas ações de competência originária dos tribunais, e as interlocutórias nos recursos.

É importante que se diga que jamais o objeto do presente estudo foi tornar mais dificultoso o entendimento dos assuntos abordados. Só se está tentando sistematizar de forma técnica o entendimento dos agravos interno e regimental.

Nelson Nery Junior entende ter o agravo interno tornado-se o único recurso a ser manejado contra as decisões monocráticas nos tribunais⁴⁴⁰, havendo a extinção do agravo regimental. No entanto, existem tribunais que levam o ora preceituado a níveis extremos a ponto de não admitir recurso de agravo interno de uma decisão que nega efeito suspensivo a recurso, entendendo que o recurso cabível seria o agravo regimental⁴⁴¹. Ou em outros casos inadmite-se o agravo interno contra decisões que indefiram petição inicial na ação rescisória⁴⁴².

O objetivo de presente estudo é justamente prevenir o jurisdicionado de tais entendimentos.

9.8 FUNGIBILIDADE ENTRE AGRAVO REGIMENTAL E AGRAVO INTERNO

⁴⁴⁰ “Hoje, todo ato monocrático do relator, nos processos de competência recursal de tribunal, que tenha aptidão para causar gravame à parte ou interessado, é passível de impugnação por meio de agravo interno, segundo expressa previsão do art. 557 do CPC, com a redação dada pela Lei 9.756, de 17.12.1998. Não há mais razão para invocar-se a inconstitucional figura do agravo regimental para a interposição de recurso contra ato singular do relator.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. Teoria geral dos recursos*. 5.a ed., São Paulo: RT, 2001, p. 50)

⁴⁴¹ “Direito tributário e processual civil. Agravo regimental que indefere pedido de efeito suspensivo, ou liminar. Inadmissibilidade. A teor do art. 557 do CPC, é cabível agravo (par. 1.o) da decisão monocrática que, de plano, nega seguimento a recurso (caput), ou, que, também, de plano, dá provimento (par. 1.o-A), sendo inviável o agravo regimental contra indeferimento de pedido suspensivo ou liminar, porquanto gerado por ato normativo (regimento interno),padece de status recursal, afrontando o artigo 22, I, da CF/88, que atribui competência privativa à União para legislar sobre matéria processual. Não conheceram do agravo regimental, por unanimidade.” (TJRS, 2.a Câm. Cív., AgReg n. 70011178613, rel. Des. Roque Joaquim, j. 18.05.05, disponível em www.tj.rs.gov.br)

⁴⁴² “Agravo Interno em Ação Rescisória. Indeferimento da Inicial. Não Conhecimento do Recurso Como Agravo Regimental. O Grupo considera erro grosseiro a interposição de agravo interno, contra decisão que indefere petição inicial de ação rescisória, pois o recurso cabível seria o agravo regimental, na forma do art. 233 do Regimento Interno desta Corte. Recurso não conhecido por maioria.” (TJRS, 6.o Grupo de Câms Cívs., Ag n. 70021251418, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 26.10.2007)

Como dito, defende-se a diferença entre os agravos interno e regimental, mas, jamais num ordenamento com a diversidade de opiniões e entendimentos que temos acerca do tema, quem menos poderia ser prejudicada é a parte que se vê nessas muitas dúvidas.

Os doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem que “antes da Lei n. 11.187/2005, estabelecia o art. 527, inc. II, que a decisão que determinava a conversão do agravo de instrumento em agravo retido era irrecurável. Pensávamos, antes da referida Reforma, que cabível contra tal pronunciamento seria tanto o agravo do art. 557, par. 1.o, quanto qualquer agravo disciplinado regimentalmente, incidindo, aqui, sem sombra de dúvida, o princípio da fungibilidade.”⁴⁴³

Ou seja, há a clara possibilidade de agravo de decisão monocrática nos tribunais, dependendo do doutrinador e do tribunal, a escolha pode variar entre os agravos interno e regimental. Daí, uma figura é essencial: o conhecido princípio da fungibilidade recursal entre tais agravos. Daí Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos⁴⁴⁴ ao admitir que não importa como for nomeado o agravo de cinco dias. Sendo cabível um dois, qualquer um deles pode ser admitido ante a flagrante dúvida objetiva oriunda das várias opiniões a respeito.

A questão é delicada nos Tribunais, onde, em casos idênticos: o indeferimento de ação rescisória, foram tomadas decisões completamente diferentes na admissão do agravo interno no caso. De acordo com o presente estudo, o Tribunal gaúcho⁴⁴⁵ está certo em preceituar pelo cabimento de

⁴⁴³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 266. v. 2.

⁴⁴⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 124 e segs.

⁴⁴⁵ “Agravo Interno em Ação Rescisória. Indeferimento da Inicial. Não Conhecimento do Recurso Como Agravo Regimental. O Grupo considera erro grosseiro a interposição de agravo interno, contra decisão que indefere petição inicial de ação rescisória, pois o recurso cabível seria o agravo regimental, na forma do art. 233 do Regimento Interno desta Corte. Recurso não conhecido por maioria.” (TJRS, 6.o Grupo de Câms Cívs., Ag n. 70021251418, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 26.10.2007)

“Agravo Interno. Ação Rescisória. Indeferimento da Petição Inicial. Recebimento da Irresignação como Agravo Regimental. Princípio da Fungibilidade Recursal. Mantida a decisão monocrática que indeferiu a petição inicial da ação rescisória em face da ausência de elementos novos que modifiquem a apreciação feita. Negaram Provitamento. Unânime.”

agravo regimental no caso, mas jamais poderia deixar de aplicar o princípio da fungibilidade, pois a dúvida objetiva é clara já que a grande maioria dos autores não adotam o mesmo entendimento que o Tribunal gaúcho.

No entanto, a fungibilidade entre os agravos interno e regimental⁴⁴⁶, felizmente, vem sendo admitido pela maioria dos tribunais e doutrinadores.

(TJRS, 2.a Câm. Esp. Cív., Ag n. 70021436118, rel. Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva, j. 09.10.2007)

⁴⁴⁶ “Agravo Interno em Ação Rescisória. Indeferimento da Inicial. Não Conhecimento do Recurso Como Agravo Regimental. O Grupo considera erro grosseiro a interposição de agravo interno, contra decisão que indefere petição inicial de ação rescisória, pois o recurso cabível seria o agravo regimental, na forma do art. 233 do Regimento Interno desta Corte. Recurso não conhecido por maioria.” (TJRS, 6.o Grupo de Câms Cívs., Ag n. 70021251418, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 26.10.2007) “Inicialmente, o presente recurso, embora denominado como agravo regimental, deve ser recebido, em aplicação do princípio da fungibilidade, como agravo inominado, previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil. Diz-se isso porque o relator, ao desprover o recurso por decisão monocrática, acabou lhe negando seguimento, ou seja, impedindo que fosse julgado pelo órgão julgador, hipótese em que o recurso cabível, nos termos da mencionada norma é o agravo inominado. Esse entendimento já vem sendo seguido por este Tribunal de Justiça.” (TJPR, 1.a T., AgReg n. 152.872-1/01, rel. Des. Eduardo Sarrão, decisão monocrática, j. 18.02.05, *DJPR* 03.03.05)

CAPÍTULO 10 - DAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS TÍPICAS

10.1 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 DO CPC E A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Como ponto principal do presente trabalho, se pretende demonstrar a inconstitucionalidade e inutilidade da inserção do mencionado parágrafo único do art. 527, inserido pela Lei n. 11.187/2005, que veda a recorribilidade das decisões do relator que concede ou denega a antecipação dos efeitos da tutela em agravo de instrumento, ou converte este em retido.

É importante frisar que o objetivo não é somente criticar a inserção de tal parágrafo, mas apontar os motivos de sua inconstitucionalidade, e principalmente, a sua inutilidade quando se fala em diminuir o número de recursos nos Tribunais.

O impedimento do acesso ao colegiado nos casos de liminares em agravo de instrumento, ou mesmo na conversão deste em agravo retido retira do órgão colegiado a apreciação de tal matéria. *Ab initio*, já constata a

violação de dois princípios constitucionais consagrados: do juiz natural e da colegialidade.

Em poucas palavras, o princípio do juiz natural seria a garantia da fixação de um órgão julgador para determinada demanda, inexorável, sem a possibilidade de modificação pelo legislador infra constitucional. No caso dos recursos ou das ações originárias nos Tribunais, esse juiz natural é bem definido: o órgão colegiado. Eduardo Talamini, um dos primeiros a ventilar o tema, até então comentando sobre a Lei n. 9.756/98 que estabeleceu o julgamento singular ao relator no caso de por fim a recurso. O doutrinador paranaense afirma que “juízo natural dos tribunais reside no colegiado: câmaras, turmas, grupos de câmaras, seções, pleno, órgão especial, etc. O que justifica o tribunal não é somente a presumível maior experiência do julgador, mas o caráter plural da decisão, seu aspecto colegiado, pressupondo o debate. Essa é a *ratio essendi* dos tribunais: julgar colegiadamente.”⁴⁴⁷ Ainda, José Carlos Barbosa Moreira também entende que “tendo em vista que o “juiz natural” do recurso é o órgão colegiado, não seria possível subtrair a este, em termos definitivos, o conhecimento da matéria: estaria violada a regra do art. 5.o, LIII, da Carta da República.”⁴⁴⁸

A consagração do colegiado como o juízo natural dos recursos e quaisquer incidentes envolvendo estes nos Tribunais como princípio constitucional, não só conflita com o referido parágrafo único, como também faz necessário um retorno ao item 1.5.1.3, *retro*. No mencionado trecho explicitou-se a função dos princípios perante o ordenamento jurídico.

As funções, basicamente seria duas: (a) a função vinculante, sendo os princípios o norte do operador do direito na aplicação do mesmo; e (b) a função negativa, consistente no impedimento da utilização de alguma regra jurídica conflitante com os princípios jurídicos.

No presente item se analisa justamente essa situação. O parágrafo único do art. 527 não pode ter vigência no ordenamento jurídico ante

⁴⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas pelos integrantes dos Tribunais: Legitimidade e controle (Agravo interno). In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002, p. 180. vol. 5.

⁴⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Lei n. 9.756/98: uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz. In: *Temas de direito processual civil. Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83.

o seu conflito com os princípios da colegialidade e do juiz natural, além da ofensa ao princípio das decisões juridicamente relevantes (cf. item 1.5.11, *retro*). A função negativa dos princípios jurídicos deve prevalecer no caso para que o mencionado parágrafo único não tenha operação no ordenamento jurídico.

Não bastasse o juízo natural dos tribunais ser o órgão colegiado, e dele não poder ser subtraído o exame de qualquer incidente impugnado nos tribunais como afirma Cândido Rangel Dinamarco.⁴⁴⁹ Talvez nem fosse necessário recorrer a argumentos teóricos e técnicos para demonstrar que o parágrafo único do art. 527 não é só inconstitucional, mas também completamente ilógico. Se não, vejamos. O agravante apresenta agravo de instrumento e pede a antecipação dos efeitos da tutela recursal que é negada. Nessa situação já mister a reflexão de que está-se diante de uma possível lesão a direito ou mesmo uma possibilidade grave de dano ao postulante. “Se faz necessário permitir à parte, quando esta tenha razões fundadas para crer que o dito isolado de um só membro, extravasado do despacho que lhes é desfavorável, não espelhe a vontade do próprio tribunal a que ela se dirigira, promover a colheita dos demais votos a fim de que verifique o agrupamento de opiniões, característica primordial do julgamento dos juízos colegiados.”⁴⁵⁰ Ou seja, surgida a situação de necessidade de tutela, é imprescindível que o sistema resguarde ao jurisdicionado um meio de promover a integração do tribunal por intermédio do órgão colegiado, é a própria obrigatoriedade de tutela (cf. art. 5.o, XXXV da CF/88), que nos recursos é consagrada pelo princípio das decisões juridicamente relevantes.

⁴⁴⁹ “Esse cuidado homenageia a garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que põe limite ao poder do relator em julgamentos que em princípio pertencem aos órgãos colegiados; presta reverência também ao valor das garantias do juiz natural, porque os colegiados são o juiz natural dos recursos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 132) Ainda: “Fixada como premissa a existência de um juiz natural no tribunal, que é o colegiado, tem-se que todas as decisões que o tribunal proferir devem, em princípio, ser dadas por algum órgão do tribunal. É um corolário do juiz natural dos tribunais a adoção do princípio da colegialidade das decisões a eles submetidas.” (BIM, Eduardo Fortunato. Do cabimento do agravo regimental no mandado de segurança de competência originária para aplicação do princípio constitucional da colegialidade: alcance e crítica da súmula 622 do STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo: Dialética, março de 2006, p. 42)

⁴⁵⁰ ROSA, Antônio José M. Feu. Agravo regimental. In: *Revista Consulex* v. 1, n. 2, São Paulo: Ed. Consulex, fev. de 1997, p. 39.

Como afirma Flávio Cheim Jorge, quando se reportando à inconstitucionalidade do agravo regimental, afirma que “em resposta à tese da inconstitucionalidade por falta de previsão legal do procedimento em lei estadual, dois argumentos contundentes se nos afigurem em sentido oposto: a) maior inconstitucionalidade haveria caso admitíssemos a impossibilidade do uso do recurso, tendo em vista o direito constitucional da parte a uma pronunciamento colegiado.”⁴⁵¹ O raciocínio se aplica na medida que encontramos uma obrigatoriedade de resolução das situações juridicamente relevantes, nesse caso, dentro dos recursos.

E ainda, recorrendo-se aos princípios basilares do direito, onde é inimaginável o impedimento da tutela no caso de necessidade, não se permite utilizar o raciocínio de que está se diminuindo o trabalho dos tribunais com a supressão da recorribilidade da decisão sobre tutela antecipada no agravo de instrumento ou mesmo a que converte o agravo de instrumento em retido. Ora, supondo-se que a decisão não tenha recurso, ocorreria a impugnação não na extensão da relação jurídico-processual, mas por intermédio de uma ação autônoma, que como se verá, está se adotando o mandado de segurança. Pois bem, aí a ação é novamente distribuída a relator diverso, com a manifestação do Ministério Público, e como o mandado de segurança tem prioridade no julgamento, impedindo o andamento da pauta, além de necessitar de revisor. Agora, imagine-se no caso de indeferimento da inicial no mandado de segurança, qual seria o recurso cabível? o agravo regimental⁴⁵²! Será que não é totalmente desnecessária a inserção do parágrafo único do art. 527 do CPC? Vê-se que a utilização de ação de impugnação somente protela a decisão colegiada, despendendo sim uma enorme atividade jurisdicional totalmente desnecessária, tendo o parágrafo

⁴⁵¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 182.

⁴⁵² Nesse sentido: BRUSCHI, Gilberto Gomes. Existe recurso contra a decisão do relator com base no art. 527, III, do CPC? In: *Revista de Processo* n. 150. São Paulo: RT, ago. de 2007, p. 372. Ainda: “Processual Civil. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Decisão Que Aprecia Liminar em Mandado de Segurança da Competência Originária de Tribunal A Quo. Cabimetno de Agravo Regimental.

1. É entendimento pacífico da Primeira Seção desta Corte que cabe agravo regimental contra decisão que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.” (STJ, 2.a T., AgRg no Ag n. 556.879/TO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.03.2004, DJU 10.05.2004, p. 247)

único do art. 527 um efeito totalmente contrário. Trata-se de premissa inútil o mencionado parágrafo único conforme leciona Luiz Manoel Gomes Júnior⁴⁵³.

De acordo com Chiovenda, um princípio norteador do processo civil é o princípio econômico que se traduz na realização da menor atividade jurisdicional possível para atingir o mesmo fim⁴⁵⁴, mostrando ser totalmente inócua a legalidade do mencionado parágrafo único.

Egas Dirceu Moniz de Aragão, ao escrever o artigo sobre o agravo regimental, em 1962, que serviu de base para todos os posteriores, já preceitua pela agilidade do agravo regimental no processamento perante os tribunais⁴⁵⁵. De fato, é o recurso de trâmite mais rápido nos Tribunais. É um contra senso admitir que se impetre um mandado de segurança, que: (a) tendo a inicial indeferida, desafia o próprio recurso de agravo regimental; e (b) dando-se prosseguimento, haverá o privilégio de julgamento, com a intimação do Ministério Público, e o posterior julgamento pelo colegiado. Ou seja, definitivamente não há qualquer benefício que o parágrafo único do art. 527 possa trazer.

O princípio da colegialidade e do juiz natural, que neste caso se imbricam, deve prevalecer sobre o princípio da economia processual no caso, que mais uma vez: não existe!

A colegialidade no julgamento dos recursos não pode ser suprida, trata-se da razão de ser dos tribunais, as decisões prestigiando o debate entre os experientes julgadores. Qualquer decisão monocrática tomada, e havendo o impedimento do acesso ao colegiado nos tribunais trata-se de absolutismo⁴⁵⁶. “O legislador, ao estipular a recorribilidade das decisões

⁴⁵³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento (Lei n. 11.187, de 19.10.2005). In: *Revista de Processo* n. 134. São Paulo: RT, abril de 2006, p. 118.

⁴⁵⁴ Pero puede añadirse a éstos un principio mas general que nos es sino la aplicación del principio del mínimo medio a la actividad jurisdiccional y no solamente en el proceso particular, sino también em cuanto a otros procesos em su recíproca relación: conviene obtener el resultado máximo em la actuación de la ley con el menor emprego possible de la actividad jurisdiccional.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal civil*. Tomo I. trad. José Casais e Santaló. Madrid: Réus, 1977, p. 170)

⁴⁵⁵ “A rapidez com que se promove essa integração do tribunal, como o salienta o próprio Costa Carvalho em trecho transcrito, não emperra a máquina judiciária, razão pela qual não nos rendemos a tal crítica, desse mesmo autor, em outra de suas obras.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Agravo Regimental*. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, p. 136)

⁴⁵⁶ “Outro aspecto ferido pelo insigne doutor é o da colegialidade do julgamento, que escapou aos demais escritores, fato que impede definitivamente qualquer tentativa de afastar-se o agravinho do seio dos tribunais. Figurando-se a hipótese de um julgamento proferido pelo relator, pergunta o tratadista: “Como em tais casos, deixar a parte à mercê do relator, se o

interlocutórias por meio do recurso de agravo, abrangeu não somente as proferidas na primeira instância, mas, também, as prolatadas pelo relator nos tribunais. Aplica-se, in casu, o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (“onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”)

Se irrecorríveis fossem as decisões proferidas pelos relatores nos Tribunais, haveria vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme a hipótese. Isso porque a Constituição Federal, quando fere a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, e a legislação infraconstitucional, nas hipóteses dos Tribunais de Justiça, ao estipular a competência dessas cortes, asseguram em regra que o julgamento deve ser proferido por julgamento colegiado.⁴⁵⁷ Tal preceito já é há muito tempo defendido por Pontes de Miranda⁴⁵⁸, e em Portugal por Helder Martins Leitão⁴⁵⁹.

Quanto ao exame da constitucionalidade da prolação das decisões monocráticas pelos relatores, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade do art 38 da Lei n. 8.038/90, que permitia que, no STF e no STJ, o relator decidisse monocraticamente os recursos manifestamente inadmissíveis ou contrários à súmula do respectivo tribunal, desde que contra essa decisão seja possível interpor recurso de agravo dirigido ao órgão colegiado, decidiu que “é legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar provimento a pedido ou

objetivo precípua do recurso (sempre a influência anterior a limitar o raciocínio às hipóteses de recurso, o que é senão um aspecto parcial do problema) é o amplo exame da lide pelo juízo colegial?” Certo não se pode pretender que o relator ou presidente, falando em nome do órgão coletivo, faça-o com caráter de absolutismo, não se permitindo sequer a complementação do julgamento, a integração da vontade do tribunal.” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Agravo Regimental*. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, p. 138)

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 63.

⁴⁵⁸ “A regra, para os recursos, é a colegialidade das decisões. Quer dizer: a pluralidade de julgadores, com o fim político de assegurar diversos exames ao mesmo tempo, além do duplo ou múltiplo exame, no tempo, pelos juízes de primeiro grau e os demais juízes superiores.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao código de processo civil*. 3.a ed. Atualização de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7, Vol. VII)

⁴⁵⁹ “Todavia, não se pode esquecer que está inserido num tribunal colectivo, por tal, sujeito às regras da colegialidade.

Há regras específicas e apertadas no sentido de o processo ser dado em vista aos juízes-adjuntos.” (LEITÃO, Helder Martins. *Dos recursos em processo civil*. Porto: Almeida e Leitão, p. 68)

recurso intempestivo, incabível ou improcedente, e ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do tribunal ou for evidente a sua incompetência (RISTJ, art. 21, par. 1.o., Lei 8.038/90, art. 38), desde que mediante recurso – agravo regimental – possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado.”⁴⁶⁰

Vê-se que a decisão monocrática extinguindo recurso possui constitucionalidade somente porque é possibilitada a submissão ao órgão colegiado, e somente por isso. Por simples analogia, se deve admitir a aplicação no caso de decisões monocráticas que neguem tutelas de urgência. Aliás, em caso onde se pode aplicar tal raciocínio, o Supremo Tribunal Federal julgou uma representação contra uma norma regimental do TJGO, que tornava irrecorrível a decisão que negasse liminar em mandado de segurança, decidindo pela sua inconstitucionalidade. Pois bem, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade da norma porque estava se retirando o exame pelo colegiado de uma tutela de urgência em mandado de segurança. Estava expresso no acórdão que é princípio constitucional da colegialidade nos Tribunais, não podendo ser esta suprida⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ STF, Pleno, *RTJ* 139/53.

⁴⁶¹ “Em favor de qualquer de seus membros, ‘utsinguli’, não podem os tribunais declinar de competência que a Constituição neles investiu, enquanto órgãos colegiados. Sobretudo, não podem, por meio de norma regimental, emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos dos seus membros. Representação julgada procedente para declarar inconstitucional o parágrafo 2.o do art. 364 do RI do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.
“Art. 115. Compete aos Tribunais:

III – elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas Câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas;...”

O dispositivo transcrito concede aos Tribunais o poder de estabelecer em norma regimental a competência jurisdicional ou administrativa dos seus diferentes órgãos. Trata-se de uma delegação direta do constituinte ao Poder Judiciário, assim nacional como local; seu exercício, porém, está submetido aos limites que defluem dos princípios da Constituição e da ordem jurídica positiva do Estado. Assim, além das limitações decorrentes da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, expressamente mencionada no inciso III do artigo 115, CF, outras, quer de origem federal quer estadual, deverão ser atendidas pelos Tribunais quando hajam de investir competência nos seus diferentes órgãos. A lei processual de alcance nacional não poderá ter obstada, pelo regimento das Cortes de Justiça, a sua vigência e eficácia; e os Tribunais dos Estados também não se poderão eximir do cumprimento das Constituições respectivas, sobretudo no que diz à sua administração (arts. 13 e 144, caput).

A colegialidade dos órgãos do segundo grau de jurisdição, no dizer de BISCARETTI DI RUFFIA (*Diritto Costituzionale*, II Napoli, 1950, págs. 23/24, n. 274 e 275) atua em quase todos os Estados de civilização européia, excetuados os anglo-saxões, e ainda quando não expressamente acolhido nos textos, tem indubitáveis reflexos de ordem constitucional. A mesma observação aplica-se ao princípio da pluralidade dos graus de jurisdição (pág. 22).

Na Constituição Brasileira, o princípio da universalidade da jurisdição (art. 153, §4º) atua na conformidade das estipulações nela estabelecidas, relativas à ordem judiciária e à competência dos órgãos da função jurisdicional; e, igualmente, na harmonia das regras

Sendo assim, a mesma premissa é aplicável aos pronunciamentos incidentais em agravo de instrumento, cabendo a via do agravo regimental para a sua recorribilidade. Justamente por isso, é correto o entendimento de que é inconstitucional o parágrafo único do art. 527 do CPC conforme defendido por Rodrigo da Cunha Lima Freire⁴⁶², Alexandre S. Pacheco⁴⁶³, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶⁴, Eduardo Fortunato Bim⁴⁶⁵ e José Carlos Teixeira Giorgis, que preceitua que “dizer-se irrecorrível a decisão do relator sobre a liminar é dar-lhe competência não-delegada, que não tem respaldo na lei nem justificativa na ciência ou técnica jurídica.”⁴⁶⁶ As mesmas observações são feitas por Bruno Dantas do Nascimento ao afirmar que “sendo o princípio do juiz natural uma garantia constitucional assegurada pelo art. 5.o,

emanadas da legislatura ordinária e dos próprios órgãos da função jurisdicional, como autorizado no supratranscrito art. 115, III.

Ora, seja em razão da formação histórica da organização judiciária nacional, ou em virtude da própria estrutura dada ao Poder Judiciário federal e local pela Constituição, é colegiado o órgão de Segundo Grau de Jurisdição.” (STF, Pleno, Rp 1.299-GO, rel. Min. Célio Borja, j. 21.08.1986, DJU 14.11.1986, p. 22.148, *Ement.* Vol. 1441, p. 93)

⁴⁶² “A inconstitucionalidade da limitação imposta à recorribilidade das decisões monocráticas proferidas pelos relatores dos recursos, especialmente no que diz respeito à instabilidade jurídica que proporcionam, oposta à função dos próprios tribunais, e ao desprestígio de uma maior justiça, proporcionada pela colegialidade das decisões, em nome da celeridade das decisões, como se fosse o único valor em jogo.” (FREIRE, Rodrigo Cunha Lima *et alli. Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 67. *apud* DELGADO, José. Reflexões contemporâneas (março de 2007) sobre o novo sistema do agravo introduzido pela reforma do processo civil brasileiro. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Thereza (coord.) *Direito civil e processo*. São Paulo: RT, 2008, p. 1287).

⁴⁶³ PACHECO, Alexandre S.. O mandado de segurança contra ato judicial e a reforma do agravo de instrumento empreendida pela Lei 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 18. v. 11.

⁴⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Agravo interno regimental. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 39. São Paulo: Dialética, junho de 2006, p. 33.

⁴⁶⁵ “...sempre existe a possibilidade de se recorrer ao colegiado (exceção, inconstitucional, do art. 527, parágrafo único do CPC)” (BIM, Eduardo Fortunato. Do cabimento do agravo regimental no mandado de segurança de competência originária para aplicação do princípio constitucional da colegialidade: alcance e crítica da súmula 622 do STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo: Dialética, março de 2006, p. 42)

⁴⁶⁶ “Por outro lado, como reforça a doutrina, em órgãos colegiados é impossível pensar em decisão do relator que não seja suscetível de revisão pelo órgão colegiado. Como o órgão colegiado é o órgão competente para conceder ou denegar a liminar, também o é para julgar o feito. E, se não há delegação ao relator, tal não exclui a competência do colegiado.

Dizer-se irrecorrível a decisão do relator sobre a liminar é dar-lhe competência não-delegada, que não tem respaldo na lei nem justificativa na ciência ou técnica jurídica.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Notas sobre o agravo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 86-87.)

LIII, o dispositivo em tela, ao obstacularizar o exame, em sede de liminar, pelo colégio, restringindo-o ao relator, acaba por malferir o texto constitucional⁴⁶⁷.

Com estes, ora posiciona-se.

10.2 DA DECISÃO QUE CONCEDE OU NEGA EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO

Antes de mais nada, imprescindível mencionar que o parágrafo único do artigo 527 do CPC, apesar de inconstitucional, se aplicável, será somente no caso de agravo de instrumento pela literalidade do referido dispositivo legal. O Tribunal de Justiça do Paraná tem disposição expressa de que se aplica o mencionado dispositivo também à apelação cível⁴⁶⁸, e o Tribunal gaúcho entende da mesma forma, aplicando o artigo 527, parágrafo único, do CPC, a todos os recursos⁴⁶⁹. Porém, não há como concordar com tal aplicação. O artigo 527 refere-se única e exclusivamente a agravo de instrumento, e seu parágrafo único, como não poderia deixar de ser, somente pode-se aplicar às disposições contidas no artigo. Por isso, inevitável concordar com as observações da Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier, ao preceituar ser aplicável o parágrafo único do art. 527 somente ao agravo de instrumento⁴⁷⁰, no que é acompanhada por Gustavo de Medeiros Melo⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ NASCIMENTO, Bruno Dantas do. Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela Lei n. 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2006, p. 83, vol. 9; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido: decisão irrecurável? In: *Arruda Alvim Wambier – Anuário de produção intelectual*. Curitiba, 2007, p. 199.

⁴⁶⁸ Art. 247 do RITJPR. “§ 3º - Não se admitirá o agravo regimental contra a decisão liminar do Relator no agravo de instrumento e na apelação, a que se referem o art. 527, inc. III e o art. 558 e parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil. (Redação alterada pela Resolução nº 02/2002, de 22/03/2002 – DJE 04/04/2002)

⁴⁶⁹ “Inadmissível a interposição de agravo interno ou agravo regimental contra decisão que nega ou concede tutela antecipada pleiteada em recurso, conforme entendimento majoritário desta Corte. Conclusão 6ª. do CETARGS, a qual teve alterada sua redação em 07/04/99, pelo Centro de Estudos do Tribunal de Justiça. Agravo interno não conhecido. (TJRS, 5.a Câmara, Ag n. 70022234454, rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 05.12.2007)

⁴⁷⁰ “Pensamos que não se aplica esta restrição à decisão do relator relativa ao efeito suspensivo e/ou antecipação de efeitos de tutela recursal em apelação, por exemplo.” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 354)

⁴⁷¹ “Uma vez que a irrecorribilidade imposta pela Lei 11.187/2005 é limitada à atuação do relator o processamento do agravo. É evidente que um dos objetivos da Lei 11.187/2005 foi evitar a proliferação de agravo interno (ou regimental) no curso do agravo de instrumento. Portanto, a incidência da nova lei é restrita a essa espécie recursal.” (MELO, Gustavo de

Por isso, desde já, opina-se e recomenda-se pela recorribilidade via agravo regimental da decisão que concede efeito suspensivo/antecipação dos efeitos da tutela recursal a outros recursos que não o agravo de instrumento com base no art. 39 da Lei n. 8.038/90.

Quanto à referida decisão antecipatória no recurso de agravo de instrumento, imensa celeuma foi gerada pelo parágrafo único do art. 527 do CPC.

Devido ao mandamento para impedir qualquer recurso contra a decisão que, em agravo de instrumento, ventila tutela antecipada recursal, os Tribunais brasileiros, passaram, largamente a não conhecer de qualquer recurso, seja agravo interno ou regimental, como os Tribunais de Justiça de São Paulo⁴⁷² e do Rio Grande do Sul⁴⁷³, e Tribunal Regional Federal da 2.a Região⁴⁷⁴, embora, ainda, em alguns casos no próprio Tribunal do Paraná⁴⁷⁵,

Medeiros. O recurso de agravo na nova sistemática da Lei 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 123. v. 11)

⁴⁷² “Agravo Regimental. Denegação de efeito suspensivo a agravo de instrumento. Decisão liminar proferida no caso do inciso III do artigo 527 do CPC (Lei nº 11.187/2005).- Ausência absoluta de interesse processual. Inadmissibilidade da interposição. Recurso não conhecido (TJSP, 20ª Câmara. Dto Priv., AgReg n. 7183103101, rel. Correia Lima, DJSP 27.11.2007).

⁴⁷³ “A decisão que concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento (CPC, art. 527, III), não comporta qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, até o pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma. Agravo não conhecido.” (TJRS, 4.a Câmara. Cív., AgReg n. 70020317848, rel. Des. Araken de Assis, j. 05.09.2007)

“Agravo Interno. Descabimento Contra Decisão do Relator Que Deferiu Efeito Suspensivo Ativo a Agravo de Instrumento. Poderá o relator, depois de recebido o agravo de instrumento, negar-lhe seguimento, liminarmente, ou mesmo, atribuir-lhe efeito suspensivo ou deferir total ou parcialmente a antecipação de tutela, devidamente amparado pelo disposto no art. 527, I e III, do CPC. - Decisão liminar do relator em agravo de instrumento impassível de impugnação pela via recursal, conforme reza o art. 527, § único, do CPC. Negado Seguimento ao Agravo Interno.” (TJRS, 3.a Câmara. Cív., Ag. n. 70020233169, rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. 17.07.2007)

⁴⁷⁴ “Agravo de instrumento visando a reforma da decisão que negou provimento aos embargos de declaração opostos pelo executado por não ter vislumbrado nenhum vício na decisão atacada. 2. Não se conhece de agravo interno, tendo em vista que a decisão impugnada foi proferida em maio de 2007, na vigência da Lei 11.187/05, que suprimiu o cabimento de agravo interno contra deliberação que concede antecipação da tutela recursal no agravo de instrumento (CPC, parágrafo único do art. 527). Diante da impossibilidade de recurso contra tal ato, por vontade do legislador infraconstitucional, descabe o uso de meio impugnativo previsto em Regimento Interno para a hipótese.” (TRF, 2.a Região, 2.a T., AgInterno no AgIn n. 152472, rel. Des. Fed. José Neiva, j. 28.08.07, DJU 06.09.2007, p. 492)

⁴⁷⁵ “Agravo Regimental. Conversão de Agravo de Instrumento em Agravo Retido. Determinação de Prestação de Caução Real Para Cumprimento da Medida Liminar. Oferecimento de Bem Imóvel. Exigência Judicial Cumprida. Decisão Mantida. Recurso Desprovido.” (TJPR, 17.ª Câmara. Cív., AgReg n. 0334257-0/1, rel. Des. Paulo Roberto Hapner, j. 19.04.06, DJPR n. 7122)

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴⁷⁶ e no Superior Tribunal de Justiça⁴⁷⁷, haja a admissibilidade de agravo regimental e de agravo interno.

Ante a este panorama claramente direcionado à irrecorribilidade da decisão que denega antecipação da tutela recursal a agravo de instrumento, surgiu a primeira possibilidade de se tornar expresso o pedido de reconsideração, já que a norma prevê que a decisão será irrecorrível “salvo se o relator a reconsiderar”, ou seja, há praticamente um incentivo ao agravante para apresentar o pedido de reconsideração no caso. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodriguez Wambier preceituam que “dispõe a nova redação do art. 527, parágrafo único, que o relator pode reconsiderar a decisão proferida nas hipóteses dos incs. II e III do mesmo artigo. O pedido de reconsideração, instituto controvertido na doutrina, passa a ser expressamente admitido pela lei, na hipótese.”⁴⁷⁸ No entanto, sabe-se que o pedido de reconsideração não guarda natureza jurídica de recurso, sendo um sucedâneo recursal, uma tentativa da parte de reverter a decisão. Não há possibilidade de um novo recurso de um pedido de reconsideração, por exemplo. O recurso mesmo, a rigor, não há.

Por isso, a doutrina mais abalizada já previa a possibilidade de se ventilar o mandado de segurança para se impugnar a mencionada decisão. Athos Gusmão Carneiro preceitua que “a irrecorribilidade das decisões monocráticas poderá dar azo, sob a premissa de que os fatos seriam incontestados, ao lamentável ressurgimento do mandado de segurança como

⁴⁷⁶ “Agravo Inominado no Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Penhora de Renda. Efeito Suspensivo. Indeferimento. Agravo interno interposto contra decisão da Relatora que deixou de atribuir o efeito suspensivo ao recurso oferecido contra decisão do ilustre Juiz da 11ª Vara de Fazenda Pública.” (TJRJ, 2.a Câm. Cív., AgIn n. 2005.002.20955, rel. Des. Elisabete Filizzola, j. 22.02.06, disponível em www.tj.rj.gov.br.)

⁴⁷⁷ “Processo Civil. Recurso Especial. Inexistência de Omissão (art. 535, CPC). Decisão Monocrática do Relator: Aplicação do Art. 557, par. 1.o do CPC. Efeito Suspensivo ao Agravo de Instrumento. (Art. 527 do CPC). Interpretação do art. 200 do CPC

1. Julgado devidamente analisado, sem omissão ou contradição na interpretação das questões fáticas postas para julgamento.

2. “O relator está autorizado a julgar monocraticamente o recurso, para modificar a decisão recorrida dando provimento, se a decisão impugnada estiver em desacordo manifesto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (art. 557, § 1º-A, CPC).

3. Efeito suspensivo a recurso por ato do relator, avalizado pelo colegiado via agravo interno.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido.”(STJ, 2.a T., REsp n. 785.154/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.04.2007, DJU 30.04.2007, p. 302)

⁴⁷⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 271. v. 2.

sucedâneo recursal (v. g. caso em que o juiz defere uma antecipação de tutela): a parte ré, invocando a probabilidade de grave lesão a seus direitos, agrava de instrumento o roga o efeito suspensivo, denegado pelo relator; segue-se a impetração do *writ* pelo demandado.”⁴⁷⁹. Alexandre S. Pacheco também vê a possibilidade da impetração do mandado de segurança contra as decisões dos incisos II e III, do art. 527 do CPC, ao afirmar que “com essas alterações promovidas na legislação processual civil, que suprimiram instrumentos importantes para que o jurisdicionado pudesse insurgir-se contra decisões que causam lesões a direitos seus, reforçou-se a aplicabilidade do mandado de segurança contra ato judicial nas duas hipóteses sob comento, tratadas no art. 527 do CPC pela Lei n. 11.187/2005.”⁴⁸⁰

Os tribunais se mostraram concordar com a mencionada corrente. A maioria deles admite o manejo de mandado de segurança. O Tribunal paranaense é totalmente a favor da utilização do chamado remédio heróico⁴⁸¹, tendo deferido a liminar em alguns casos⁴⁸². A utilização do

⁴⁷⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei n. 11.187/2005. In: *Revista Forense* n. 384, Rio de Janeiro: Forense, março-abril de 2006, p. 16.

⁴⁸⁰ PACHECO, Alexandre S.. O mandado de segurança contra ato judicial e a reforma do agravo de instrumento empreendida pela Lei 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 18. v. 11. Em sentido contrário: AZEM, Guilherme Beux Nassif. A nova disciplina do agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, p. 108. v. 11.

⁴⁸¹ “Mandado de Segurança. Pretensão de se Suspende a Decisão do Relator que Concedeu Efeito Suspensivo a Agravo de Instrumento. Liminar Indeferida. Agravo Regimental. Ato que Não se Mostra Manifestamente Ilegal ou Terratológico. Da decisão do Relator que, em agravo de instrumento, defere ou indefere efeito suspensivo ou ativo não cabe nenhum recurso (CPC, art. 527, parágrafo único). Por isso, é possível o manejo do mandado de segurança contra essa decisão, mas desde que, revelando-se primo ictu oculi manifestamente ilegal (discrepante do Direito) ou teratológica (absurda), possa causar danos graves de difícil reparação. Agravo regimental desprovido. Processo extinto, de ofício, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, § 3.º, do CPC diante da ausência de interesse de agir pela inadequação da via eleita.” (TJPR, 4.a Câm. Cív. em Composição Integral, AgReg n. 0342447-9/01, rel. Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, j. 15.08.06, DJPR n. 7204) “Essa possibilidade a que assim brevissimamente me refiro, de impugnação (excepcional) da decisão mencionada mediante utilização do mandado de segurança, com as cautelas necessárias, já agora por força da Lei n.º 11.187/2005, é admitida por doutrina de primeira grandeza, como é o caso da destacada professora - e minha fraterna amiga - Teresa Arruda Alvim Wambier.1 3. Contudo, não obstante cabível o mandado de segurança nesse caso, para que tenha lugar o remédio heróico, é imprescindível que o impetrante demonstre objetiva e inequivocamente que a decisão atacada é manifestamente ilegal ou teratológica, o que não somente os impetrantes não sustentam, como não deixam inequívoco.” (TJPR, 18.a Câm. Cív., MS 0371285-4, rel. Des. Rabello Filho, j. 02.10.06, DJPR n. 7227).

⁴⁸² “Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Ação de Improbidade Administrativa. Indeferimento, em Primeiro Grau, do Pedido Liminar Para Que o Impetrante Fosse Afastado do Cargo de Prefeito Municipal. Interposição de Agravo de Instrumento. Deferimento do

mandamus chegou a ser afirmada no Superior Tribunal de Justiça⁴⁸³, justamente ante a inexistência de recurso para o caso.

Imprescindível tecer críticas ao entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁸⁴ quanto ao tema. Além de não admitir recurso da ora mencionada decisão, o tribunal gaúcho não admite sequer o mandado de segurança, deixando uma possível lesão à parte ou mesmo à direito sem qualquer tutela jurídica, realizando uma flagrante violação ao art. 5.o, XXXV, da CF/88.

Existe doutrina que defende a utilização dos recursos excepcionais para impugnar a decisão do relator com base no inc. III, do art. 527 do CPC pois “já que se trata de decisão definitiva e irrecorrível no âmbito

Pedido de Antecipação Recursal. Mandado de Segurança Impetrado Contra Decisão Liminar Proferida no Recurso de Agravo. Liminar Deferida. Ausência de Fatos Concretos Demonstrando Que o Prefeito Atrapalharia a Instrução Processual. Decisão Acertada. Recurso Desprovido. 1. Nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, a autoridade judicial competente somente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. 2. Demonstrado nos autos de mandado de segurança, por prova documental, que o impetrante não estaria sonogando documentos nem tentando influenciar testemunhas, dúvida não há que os pressupostos para a concessão da liminar nos autos de agravo de instrumento, quais sejam, relevância da fundamentação e risco de dano irreparável ou de difícil reparação, não se faziam presentes. 3. O fato de o impetrante ser réu em outras ações por ato de improbidade administrativa e, ainda, existirem inquéritos civis públicos para apurar a prática de atos de improbidade administrativa, não justifica o seu afastamento cautelar do cargo de prefeito, para o qual foi eleito pelo voto popular, já que tal medida, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, somente pode ser determinada quando for necessária para a instrução processual, ou seja, quando houver indicativos concretos de que, permanecendo no cargo, tentará, valendo-se dele, atrapalhar a coleta de provas.” (TJPR, 5.a Câ. Cív. em Composição Integral, AgReg n. 0356739-1/01, rel. Des. Eduardo Sarrão, j. 25.07.06, *DJPR* n. 7191)

⁴⁸³ “A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irresignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial. - A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau (hipótese em que seria distribuído a um relator das turmas ou câmaras dos tribunais). Ele é impetrado, em vez disso, contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, já que tais writs devem ser julgados pelos órgãos plenos dos Tribunais de origem.” (STJ, 3.a T., Resp n. 22847/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 01.03.07, *DJU* 23.03.07, p. 230)

⁴⁸⁴ “Nos termos da jurisprudência consolidada nesta C. Corte e nos Tribunais Superiores, é incabível mandado de segurança contra ato do Relator que indefere efeito suspensivo a agravo de instrumento. Ademais, a propositura do mandado de segurança encontra óbice na interpretação do art. 527, inciso III e parágrafo único, do CPC, o qual estabelece que a decisão que atribui ou não efeito suspensivo a agravo somente é passível de reforma no momento do julgamento do recurso, salvo se o próprio relator a reconsiderar, denotando a irrecorribilidade da decisão. Agravo Desprovido, por maioria.” (TJRS, 1.o Grupo de Câms. Cívs., AgReg n. 70017359472, rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 01.12.2006).

do próprio tribunal. Para o cabimento de tais recursos, é indispensável que a decisão seja proferida por tribunal, sem qualquer possibilidade de recurso interno (perante o próprio tribunal)⁴⁸⁵. Com todo respeito, se pelo impeditivo do art. 527, parágrafo não fosse possível a impugnação por agravo regimental, não seria possível para os recursos excepcionais, já que a norma preceitua que as decisões proferidas com base nos incisos II e III somente são passíveis de reforma no julgamento do agravo, ou seja, impede qualquer recurso, independentemente de ser ele interno ou excepcional. Por tal motivo, entende-se pelo não cabimento dos recursos excepcionais contra a decisão que verse sobre antecipação de tutela recursal no agravo de instrumento.

Paulo Henrique dos Santos Lucon traz um posicionamento bem sensato⁴⁸⁶. Mostra o julgamento do mandado de segurança no Tribunal Regional Federal da 2.a Região, que afirma que ‘Em que pese a aparente vedação recursal implementada pela Lei n. 11.187/2005, poderá a parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática através de agravo interno, como forma de assegurar o princípio constitucional da colegialidade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões.’⁴⁸⁷

Dierle José Coelho Nunes também segue o mencionado entendimento, justifica ele que a fundamentação do princípio da colegialidade “poderá ser aplicada atualmente no que tange à inaplicação do parágrafo único, art. 527 do CPC, em face de sua inconstitucionalidade. Haverá, desse modo, possibilidade de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator, mesmo que versem sobre a conversão do agravo ou acerca de seus efeitos (suspensivo e ativo)⁴⁸⁸ Entendimento similar, pela

⁴⁸⁵ CALMON FILHO, Petrônio. Reflexões em torno do agravo de instrumento. In: *Revista de Processo* n. 150. São Paulo: RT, ago. de 2007, p. 37.

⁴⁸⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, pp. 320-321. v. 11. No mesmo sentido: CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Irrecorribilidade das liminares previstas no art. 527, II e III, do CPC. In: *Revista de Processo* n. 139. São Paulo: RT, set. de 2006, p. 105.

⁴⁸⁷ TRF da 2.a Região, 3.a Seção Especial, MS n. 200602010044162, rel. Des. Fernando Marques, j. 18.05.06, *DJU* 14.07.06, p. 167.

⁴⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade das decisões dos Tribunais. Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil* vol. 50. São Paulo: IOB, nov-dez de 2007, p. 57).

aplicação do princípio da colegialidade já manifestado pelo STF tem Guilherme Peres de Oliveira⁴⁸⁹.

Como já várias vezes manifestado neste pequeno estudo, doutrinariamente este seria o posicionamento mais correto, o recurso cabível contra a decisão que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento ser o agravo regimental. Isso porque totalmente inconstitucional o parágrafo único do art. 527 do CPC, abrindo sim o espaço para o mencionado agravo. Porém, por cautela, e pela maior aceitação nos tribunais recomenda-se o manuseio do mandado de segurança em tal ato.

10.3 DA DECISÃO QUE TRANSFORMA AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO

A mencionada decisão, que converte o agravo de instrumento em retido com base no art. 527, II do CPC possui algumas semelhanças com a mencionada no tópico anterior. Primeiro porque está também ligada à inconstitucionalidade do art. 527, parágrafo único, do CPC, ou seja, também está “impedida” de ter recurso a impugnando ante o dispositivo legal.

Por isso, a jurisprudência da mesma forma vem admitindo a utilização do mandado de segurança como meio de impugnar tal decisão, seja pelo fato da decisão se fundamentar na inexistência de perigo imediato (hipótese do art. 527, II do CPC)⁴⁹⁰, ou mesmo nas hipóteses onde o agravo é

⁴⁸⁹ “Espera-se que, a partir de tal constatação, nossos Tribunais reconheçam incidentalmente, seguindo a orientação já fixada pelo STF, e passem a aceitar uma espécie de agravo inominado das decisões que, respectivamente, convertem o agravo em retido e decidem sobre o efeito suspensivo.” (OLIVEIRA, Guilherme Peres de. A irrecorribilidade do parágrafo único do art. 527 do CPC e a jurisprudência correlata do STF. In: *Revista de Processo* n. 32. São Paulo: RT, jun. de 2007, p. 193)

⁴⁹⁰ “Mandado de Segurança. Agravo de Instrumento Convertido em Retido. Ato Acoimado de Ilegal. Recurso Extraído de Execução Fiscal. Apelação que Em Regra, Não Existe em Tal Procedimento. Prejuízo Evidente. Afronta a Direito Líquido e Certo. Cabimento do Mandamus em Vista do Disposto no Art. 527, Parágrafo Único do CPC, Com as Alterações da Lei n. 11.187/2005. Concessão da Segurança. De acordo com a doutrina (Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2, de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina, págs. 263 e 264): “o fato de a alteração realizada pela Lei nº. 11.187/2005 vedar o manejo de recurso contra a decisão do relator, no entanto, atrai a incidência do art. 5º., II, da Lei 1.533/1951, permitindo que a parte prejudicada impetire mandado de segurança contra o ato judicial em questão - evidentemente, respeitando os requisitos específicos deste remédio constitucional”. E que “não se permite a conversão de agravo de instrumento em agravo retido (além, evidentemente, das hipóteses em que o agravante demonstrar o ‘periculum’ a que se referem os arts. 522 e 527, inc. II), quando a

convertido em retido quando na lei haja a previsão por retido. Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que “será caso de concessão de segurança, evidentemente, quando o relator converter em retido o agravo interposto contra decisão que não admitir apelação, ou que diga respeito aos efeitos deste recurso. Neste caso, de acordo com o que dispõem os arts. 522 e 527, II, não se admite o regime de retenção do agravo.”⁴⁹¹

Outro caso onde o mandado de segurança contra a conversão em retido é *contra legem*, e por isso o mandado de segurança aflora como o meio exato de impugnar tal decisão, ocorre na ação de improbidade administrativa. No art. 17 da Lei n. 8.429/92, como é cediço, há um procedimento inicial para a admissão de uma ação de improbidade, e caso haja a admissão da ação, o recurso cabível de tal ato é o agravo de instrumento (cf. parágrafo 10.o). Neste caso, totalmente inócua uma transformação em agravo retido, justamente, porque uma possível apreciação da admissibilidade da ação ocorrerá somente com o seu julgamento em grau de recurso. Ou seja, não será apreciado. Neste caso o mandado de segurança torna-se o meio mais adequado para se impugnar tal ato judicial.

Em obstante, cabe uma observação importante da decisão com base no art. 527, II, do CPC. Em analisando-se bem, a decisão com base no 527, III, não pode sofrer impugnação imediata, podendo ser reconsiderada somente no acórdão. Já a do inc. II, que o converte em retido, julga o recurso, só tendo esta a possibilidade de ser revertida numa possível apelação cível. O parágrafo único do art. 527 do CPC impede qualquer acesso do jurisdicionado à questão. Danilo Monteiro de Castro já feriu a problemática preceituando que “com relação ao inciso II não há harmonia entre tais dispositivos, já que o agravo, convertido em retido, somente será julgado em análise preliminar, de eventual recurso de apelação, ou seja, não será retomado esse assunto, qual seja, mudança de procedimento, da forma instrumentada para a retida nos autos, e sim será apreciado o mérito do próprio agravo.”⁴⁹² Mais uma vez, outra

decisão recorrida: (...) b) é proferida no processo de execução". (TJPR, 2.a Câmara Cív. em Composição Integral. MS n. 0357574-4, rel. Des. Antônio Renato Strapasson, *DJPR* n. 7219)

⁴⁹¹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006, p. 436.

⁴⁹² CASTRO, Danilo Monteiro de. O agravo inominado e as alterações trazidas pela Lei n. 11.187/2005 (Incompatibilidade entre a Nova Redação do inciso II do artigo 527 e seu Novo

total incongruência no parágrafo único do art. 527 do CPC, impondo-se a sua declaração de inconstitucionalidade. Ora, isso só faz crer que o único julgamento colegiado sobre tal questão (convertibilidade do agravo de instrumento em retido) poderá ocorrer se interposto agravo regimental. Ante tais motivos, opina-se pela inconstitucionalidade já apresentada e também pela incongruência do art. 527, II com o seu parágrafo único, e de que o recurso cabível da decisão que converte o agravo de instrumento em retido é o agravo regimental⁴⁹³.

Obrigação advertir que parte da doutrina, em sua maioria⁴⁹⁴, converge para o mandado de segurança como sendo o meio de impugnação judicial cabível.

10.4 DO PRONUNCIAMENTO QUE NÃO ADMITE RECURSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Questão que suscita menção, vez que causa divergência doutrinária e jurisprudencial, refere-se ao pronunciamento que não admite recurso aos tribunais superiores.

parágrafo único). In; *Revista dialética de direito processual* vol. 44. São Paulo: Dialética, nov. de 2006, p. 38.

⁴⁹³ “A interpretação de que ainda é cabível o agravo inominado e face à decisão que converte em retido o agravo de instrumento, além de harmônica à literalidade do parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, concretiza ainda que às avessas, a intenção do legislador e diminuir os volumes de processos tramitando nos tribunais.” (idem. p. 42)

⁴⁹⁴ “Nesse encadeamento de idéias, nada obstante a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC, se a decisão unipessoal do relator que determinou a conversão do agravo de instrumento em agravo retido estiver revestida de manifesta ilegalidade e afronta a direito líquido e certo, é cabível o mandado de segurança.” (CARVALHO, Fabiano. Problemas da conversão da conversão do agravo de instrumento em agravo retido e inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 980). No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 1084; OLIANI, José Alexandre Manzano. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da irrecorribilidade da decisão liminar do relator que atribui efeito suspensivo ou antecipa a tutela recursal no agravo de instrumento e do juízo de reconsideração, positivados pela Lei 11.187, de 19.10.2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 1033; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido: decisão irrecorrível? In: *Arruda Alvim Wambier – Anuário de produção intelectual*. Curitiba, 2007, p. 200.

Pacificado está a admissibilidade do agravo de instrumento como recurso cabível nos casos de não serem admitidos os recursos extraordinário ou especial, para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça respectivamente, desde que interposto perante o tribunal de origem⁴⁹⁵, vez que o artigo 544, “caput”⁴⁹⁶ do Código de Processo Civil assim determina.

Quanto ao tribunal de origem, vale lembrar, que caso esse negue seguimento ao agravo, isto caracteriza usurpação de competência do STF ou do STJ, passível de reparo por meio de reclamação⁴⁹⁷, conforme leciona Nelson Nery Junior⁴⁹⁸.

Todavia, indecisão persiste quanto ao acolhimento do agravo de instrumento como recurso admissível em se tratando de negativa de seguimento a recurso ordinário.

Sobre o tema, manifestou-se recentemente o Superior Tribunal de Justiça em acórdão da lavra do Ministro Gilson Dipp⁴⁹⁹, fundamentando em sede de mandado de segurança o não cabimento do agravo de instrumento contra negativa de seguimento a recurso ordinário, nos termos dos arts. 539, parágrafo único⁵⁰⁰ e 544 do Código de Processo Civil. Isso porque o art. 544 é

⁴⁹⁵ STF, Res. 140/96(DJU 5.2.1996, p. 1269), STJ, Res. 1/96 (DJU 2.2.1996, p. 949).

⁴⁹⁶ “art. 544 – Não admitindo o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.”

⁴⁹⁷ CF 102 I; STF-RT 717/209.

⁴⁹⁸ “Ao tribunal de origem compete admitir o Ag. Não pode ser negado seguimento a esse Ag. ainda que intempestivo. O juízo de admissibilidade do Ag. mesmo o preliminar, não é do tribunal de origem, de modo que necessariamente esse Ag tem que subir ao tribunal superior (STF e STJ), competente para apreciar sua admissibilidade. Portanto, a tarefa do tribunal de origem é simplesmente a de mandar subir o agravo.” Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 946.

⁴⁹⁹ “Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é cabível a interposição de agravo de instrumento para esta Corte contra decisão que inadmitte recurso ordinário, nos termos dos arts. 539, parágrafo único e 544 do Código de Processo Civil.” (STJ, 5.a T., EDcl no AgRg no Ag n. 789826/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 28.11.06, DJU 05.02.07, p. 344)

⁵⁰⁰ “Art. 539 – Serão julgados em recurso ordinário:

I – pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os hábeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

II – pelo Superior Tribunal de Justiça.

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

b) As causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

taxativo só sendo utilizado tal agravo no caso de negativa de seguimento a recursos excepcionais.

Não sendo o agravo de instrumento o recurso admissível da negativa de processamento do recurso ordinário em mandado de segurança, qual seria o recurso admissível?

O agravo regimental nos parece o mais apropriado, vez que é cabível contra determinadas decisões proferidas de forma isolada por membros do colegiado.

Ementa da lavra do Ministro Fernando Gonçalves⁵⁰¹, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, admitindo o agravo regimental como recurso cabível para o andamento processual em decisão interlocutória proferida por Presidente do Tribunal de Justiça, que indeferiu o processamento de recurso ordinário em mandado de segurança.

A solução apresentada pelo STJ nos parece a mais adequada vez que o agravo de instrumento não se encontra dentre as hipóteses taxativas previstas no art. 544 do CPC, como bem ressaltou o mencionado acórdão: "... porquanto tem suas hipóteses taxativas previstas no CPC (art. 544 e parágrafos), das quais não se pode fugir." ⁵⁰²

10.5 DA DECISÃO QUE NEGA EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Tema que também requer abordagem trata das decisões que negam efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Como regra, tem-se que a eficácia suspensiva a recurso especial é medida excepcional que deve ser atribuída somente nos casos

Parágrafo Único: Nas causas referidas no inciso II, alínea b, caberá agravo das decisões interlocutórias.

⁵⁰¹ "Tratando-se de decisão interlocutória proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que indeferiu o processamento de recurso ordinário em mandado de segurança, o recurso cabível é o agravo regimental a ser julgado por órgão fracionário daquele pretório e não agravo de instrumento perante esta corte, porquanto tem suas hipóteses taxativas previstas no CPC (art. 544 e parágrafos), das quais não se pode fugir." (STJ, 6.a T., AgRegAg n. 59.202/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 28.03.97, DJU 22.04.97, p. 14457, g. n.) .

⁵⁰² Idem.

expressamente definidos. Afirma-se que tais requisitos são cumulativos e indispensáveis, impondo na sua ausência a denegação da pretensão.

O artigo 798⁵⁰³ do Código de Processo Civil, assevera a possibilidade de estender a possibilidade além dos procedimentos cautelares específicos, em se tratando de casos que causem ao direito lesão grave ou de difícil reparação.

Todavia, tem-se como requisitos autorizadores cumulativos e indispensáveis para a concessão da tutela urgente, premissas necessárias, como a “*fumaça do bom direito*” e o “*perigo da demora*”, a verossimilhança do direito alegado, sendo esta verossimilhança no caso ventilado, a probabilidade de acolhimento do recurso excepcional interposto⁵⁰⁴. No caso de denegação do efeito suspensivo, está-se na mesma situação de decisão interlocutória, em recurso, que pode causar dano à parte.

Por isso, Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁵ e Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁶ admitem o agravo regimental como meio processual de se impugnar a decisão que nega efeito suspensivo a recurso excepcional quando lá interposta a cautelar, o que entende-se por ocorrer também nas cautelares hoje apresentadas nos tribunais estaduais.

10.6 DA DECISÃO QUE NEGA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E OUTRAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

⁵⁰³ “Art. 798 – Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.”

⁵⁰⁴ “Em sede de medida cautelar, objetivando emprestar efeito suspensivo a recurso especial, exige-se que o requerente demonstre a verossimilhança do que alega, bem como do possível acolhimento do recurso especial por ele interposto.” (STJ, 1.a T., MC 1.2513/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.06.07, DJU 07.02.2008, p. 1)

⁵⁰⁵ “Agravo regimental em ação cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso extraordinário não admitido pelo Tribunal de origem. 2. Agravo de Instrumento pendente de julgamento. 3. Configuração do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser substanciado pela execução do acórdão recorrido 4. Suspensão dos efeitos do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Aplicação do entendimento firmado pela 2ª Turma na AC nº 1.550/RO. 6. Agravo regimental a que se dá provimento (STF, 2. T., AgR 1551/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 28.09.2007)

⁵⁰⁶ STJ, 1. T., AgRg na MC 13.152/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 20.11.2007, DJU 05.12.2007, p. 231; STJ, 1.a T., AgRg na MC 13.249/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 09.10.2007, DJU 25.10.2007, p. 124.

Da decisão que nega liminar em mandado de segurança e outras ações de competência originária dos tribunais, como a rescisória, por exemplo, os entendimentos são diversos.

No caso específico do mandado de segurança, existem tribunais como o do Rio de Janeiro, que possuem em seu regimento interno a previsão expressa do cabimento do agravo regimental como o meio cabível a se impugnar tal decisão⁵⁰⁷. Essa parece ser a tônica nos tribunais brasileiros como o próprio Superior Tribunal de Justiça⁵⁰⁸.

Porém, o grande encaicho surgido no tema foi a promulgação da súmula 622 do STF, que preceitua que “não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”. Pois bem, tal posicionamento já influenciou Tribunais como o do Rio Grande do Sul⁵⁰⁹.

Desde já, tece-se as mais enfáticas críticas a tal posicionamento exarado do Supremo, tomado flagrantemente ante a tentativa de reduzir o acúmulo de processos no mencionado Tribunal. O primeiro ponto é que o

⁵⁰⁷ “Art.124 - Nos mandados de segurança de competência originária dos Órgãos do Tribunal, o processo será o previsto na legislação pertinente, competindo ao relator todas as providências e decisões até o julgamento.

Parágrafo único - Do pronunciamento do relator que indeferir a petição inicial, conceder ou denegar a liminar, caberá o agravo regimental previsto no art. 226 do C.O.D.J.E.R.J para o órgão julgador competente.”

⁵⁰⁸ “O artigo 39 da Lei nº 8.038/90 prevê a interposição de agravo contra decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar dano à parte, não estabelecendo qualquer exceção. O cabimento do agravo regimental contra decisão monocrática de Relator, que concede ou nega liminar em mandado de segurança, encontra-se fundamentado no citado dispositivo legal. O entendimento que prevalece no âmbito desta Corte é o de que a decisão que defere ou indefere liminar em mandado de segurança de competência originária de Tribunal a quo está sujeita a agravo regimental, possibilitando-se, assim, o exaurimento da instância ordinária. Precedentes: AGA nº 556.879/TO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10/05/2004; AGA nº 476.218/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/06/2003 e RMS nº 14.821/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18/11/2002. Agravo regimental improvido.” STJ, 1.a T., AgRg no REsp n. 649.439/TO, rel. Min. Francisco Falcão, j. 04.11.2004, *DJU* 06.12.2004, p. 226) “Processual Civil. Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Decisão Que Aprecia Liminar em Mandado de Segurança da Competência Originária de Tribunal A Quo. Cabimetno de Agravo Regimental.

1. É entendimento pacífico da Primeira Seção desta Corte que cabe agravo regimental contra decisão que concede ou indefere liminar em mandado de segurança.

2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.” (STJ, 2.a T., AgRg no Ag n. 556.879/TO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 16.03.2004, *DJU* 10.05.2004, p. 247)

⁵⁰⁹ “Descabe a interposição de agravo interno ou regimental contra decisão que defere medida liminar em sede de mandado de segurança, inaplicável o disposto no art. 233 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Inteligência dos arts. 8º e 12º da Lei nº 1.533/51, bem como da Súmula 622 do STF. Precedentes do TJRGS e STJ. Agravo regimental não conhecido. Votos vencidos.” (TJRS, Pleno, AgReg n. 70021752324, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 15.10.2007)

próprio Supremo já julgou inconstitucional norma regimental do Tribunal de Justiça de Goiás que previa essa mesmíssima irrecorribilidade da liminar do mandado de segurança⁵¹⁰. O Supremo se fundamentou em toda uma construção constitucional sobre o princípio da constitucionalidade para expulsar a norma regimental, porém, quanto às decisões do próprio Supremo parece que tal princípio não tem alcance. É, no mínimo, um desrespeito aos próprios julgados do Supremo Tribunal Federal.

O mandado de segurança tem em sua essência, a liminar analisada, negar a recorribilidade à mesma, é negar a função do mandado de segurança. No caso de não se admitir a utilização do agravo regimental para se recorrer de tal decisão, qual via que apareceria? Outro mandado de segurança? Será que isso tem alguma utilidade?

Certamente não, seria outra tentativa de desafogar o judiciário que tem resultado totalmente contrário. É uma negativa do direito de recorrer que está sendo realizada por alguns Tribunais. É direito da parte impetrante, nos mandados de segurança de competência originária dos Tribunais, ter sua liminar apreciada pelo órgão colegiado, assim como de ter o recurso correspondente. É totalmente desproporcional se imaginar a recorribilidade de denegações de liminares em primeiro grau de jurisdição via agravo de instrumento, e em segundo grau de jurisdição, tal decisão não ser recorrível como adverte Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos⁵¹¹.

⁵¹⁰ “Em favor de qualquer de seus membros, ‘utsinguli’, não podem os tribunais declinar de competência que a Constituição neles investiu, enquanto órgãos colegiados. Sobretudo, não podem, por meio de norma regimental, emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos dos seus membros. Representação julgada procedente para declarar inconstitucional o parágrafo 2.o do art. 364 do RI do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.” (STF, Pleno, Rp 1.299-GO, rel. Min. Célio Borja, j. 21.08.1986, *DJU* 14.11.1986, p. 22.148, *Ement.* Vol. 1441, p. 93)

⁵¹¹ “Há que se considerar, primeiramente, que é plenamente aplicável à ação constitucional, ainda que subsidiariamente, o estatuto processual. E, depois, que não há qualquer incompatibilidade entre o procedimento do mandado de segurança e o sistema do agravo de instrumento (CPC, art. 522). Pelo contrário; se a concessão de liminar é da própria natureza do mandado de segurança, é constitucionalmente assegurado à parte o direito de recorrer da decisão denegatória da medida. Seria inconcebível imaginar que o impetrante teria direito à obtenção da liminar somente perante o juiz de primeiro grau.” (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, pp. 272-273)

A impugnação de liminar em mandado de segurança por via de outro *mandamus* já ocorreu e felizmente foi rechaçada pelo extinto 1.o Tribunal de Alçada de São Paulo⁵¹².

Os fundamentos mais desprovidos de lógica já foram utilizados para negar a recorribilidade da liminar em mandado de segurança, desde a inexistência de conteúdo decisório na decisão, até a discricionariedade da mesma⁵¹³. Primeiro cabe apresentar que conforme Teresa Arruda Alvim Wambier “trata-se de uma decisão interlocutória, pois consiste num pronunciamento judicial de natureza marcadamente decisória, que não tem como efeito o de pôr fim ao processo ou ao procedimento.”⁵¹⁴, além disso, a discricionariedade judicial trata-se de figura estranha ao mundo jurídico, não há como analisar os pressupostos de uma liminar em um mandado de segurança sem analisar seus preceitos legais.

Felizmente, a doutrina brasileira se posiciona toda pela recorribilidade da decisão que nega liminar em mandado de segurança, devendo tal requerimento ser apreciado pelo órgão colegiado como adverte José Carlos Barbosa Moreira⁵¹⁵.

⁵¹² TJSP, 3.a Câmara. AgIn n. 1.054.994-9, rel. Juiz Roque Mesquita, j. 05.03.03. In: *Revista dos Tribunais* n. 805. São Paulo: RT, nov. de 2002, p. 263.

⁵¹³ “O juiz, ao apreciar pedido de medida liminar em mandado de segurança, goza de uma certa margem de liberdade, que podemos denominar de discricionariedade judicial.

Afirmarções no sentido de que se deve conceder a medida liminar requerida, desde que verificada a subsunção dos fatos concretos aos termos abstratos da lei, simplificam demais a questão, ocultando importantes questionamentos possíveis. Não se pode simplesmente afirmar que o juiz é obrigado a conceder liminar se presentes os pressupostos legais. Afinal, quando é que se verifica a mencionada subsunção dos fatos aos termos da lei? Como saber se estão presentes os pressupostos que autorizam a concessão ou a denegação da medida cautelar? Quem pode dizer se o juiz ‘acertou’ em sua escolha?

A nosso ver, a melhor linha de raciocínio é aquela desenvolvida por Hart, segundo a qual, nos casos difíceis (*hard cases*), não há como se afastar a discricionariedade judicial.” (NOJIRI, Sérgio. Discricionariedade judicial na apreciação de pedido de medida liminar em mandado de segurança. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2002, p. 785) “O ato de concessão ou não da liminar em mandado de segurança circunscreve-se à discricção do juiz, não cabendo recurso, quer o despacho seja positivo ou negativo.” (STF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.04.91, DJU 07.06.91)

⁵¹⁴ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Ainda sobre a irrecorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança*. 51 anos depois. São Paulo: RT, 2002, p. 794.

⁵¹⁵ “Se o processo do mandado de segurança se encaixa na competência originária de algum tribunal? Aí, caberá primariamente ao relator, como órgão do tribunal, conceder ou denegar aquela medida. Sua decisão, porém, é igualmente suscetível de impugnação perante o colegiado.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança*. In: *Temas de direito processual civil. Sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223) No mesmo sentido: “Não faz nenhum favor o regimento

Quanto ao recurso cabível, cai-se na aplicação subsidiária do agravo regimental, primeiramente porque é uma decisão monocrática do relator, e segundo porque é de natureza interlocutória. Marcelo Abelha Rodrigues⁵¹⁶ bem como Accácio e Eduardo Cambi⁵¹⁷ opinam nesse sentido.

Talvez pelas muitas críticas da doutrina, mas recentemente o Supremo, em algumas decisões, tem admitido o agravo regimental como meio de impugnar a decisão que não concede liminar em mandado de segurança⁵¹⁸, o que se espera que prevaleça.

Quanto às medidas urgentes nas outras ações de competência originária dos tribunais, o raciocínio é o mesmo, o cabimento do agravo regimental⁵¹⁹ para levar à apreciação do colegiado.

interno que prevê que os atos do relator gravosos à parte possam ser contestados via agravo regimental; ao contrário, possibilita o acesso ao juízo natural dos tribunais (o colegiado), imprimindo eficácia constitucional da própria razão de ser dos tribunais.” (BIM, Eduardo Fortunato. Do cabimento do agravo regimental no mandado de segurança de competência originária para aplicação do princípio constitucional da colegialidade: alcance e crítica da súmula 622 do STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo: Dialética, março de 2006, p. 43) Em sentido contrário: ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 290.

⁵¹⁶ “Percebemos que sendo as liminares um dos tipos de decisão interlocutória, e, sendo estas irrecorribéis pelo recurso de agravo, não há que se falar em imprevisibilidade do sistema no tocante ao uso do agravo regimental contra a denegação de liminares em sede de mandado de segurança.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança. Liminar. Recorribilidade. In: *Revista de Processo* n. 78. São Paulo: RT, jan-mar de 1995, p. 257).

⁵¹⁷ “O recurso cabível, das decisões interlocutórias, no processo de mandado de segurança, é o agravo de instrumento, salvo na hipótese de mandado de segurança de competência originária do tribunal de justiça, cuja decisão pode ser impugnada pela via do agravo regimental.” (CAMBI, Accácio; CAMBI, Eduardo. Cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001, p. 26, vol. 4)

⁵¹⁸ “Mandado de Segurança. Medida Liminar. Decisão do Colegiado. Possibilidade. Mandato Parlamentar. Tramitação e Processamento de Representação por Quebra de Decoro Parlamentar. Deputado Federal Licenciado e Investido no Cargo de Ministro de Estado. Liminar Indeferida. Nos órgãos jurisdicionais de composição múltipla, em regra a colegialidade deve primar sobre a individualidade no processo de tomada de decisões. Assim, é faculdade do Relator, sempre que considerar relevante a matéria, submeter ao colegiado o julgamento de pedido de concessão de medida liminar em mandado de segurança.” (STF, Pleno, MS-MC 25579/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.10.05, DJU 24.08.07, p. 399)

⁵¹⁹ Em sentido contrário: “Não é cabível agravo regimental ou agravo interno contra despacho do Relator que indeferiu o pedido de antecipação de tutela em sede de ação rescisória. Agravo Regimental Não conhecido. Unânime.” (TJRS, 5.o Grupo de Câms. Cívs. AgReg n. 70021862313, rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 30.11.2007) O Tribunal Pleno Administrativo realizou em 11/02/2004 sessão que determinou a mudança do art. 219 do RI que passou a vigorar com a seguinte redação “Caberá agravo regimental das decisões proferidas pelo Relator, excetuadas as concessivas ou denegatórias de liminar, e pelo Presidente do Tribunal, nos casos de suspensão de segurança.” (GONÇALVES, Vitor Fernandes. A irrecorribilidade da decisão liminar no agravo de instrumento. In: *Revista Justilex* v. 3, n. 30, São Paulo: Ed. Justilex, junho de 2004, p. 23)

10.7 DA DECISÃO QUE INDEFERE A PETIÇÃO INICIAL NESSAS AÇÕES

A decisão que indefere a petição inicial nas ações de competência originária dos tribunais é uma decisão monocrática atípica terminativa por não conter a ação os pressupostos básicos para o seu prosseguimento.

Analisando sob o ponto de vista da recorribilidade, imperioso observar os artigos da Constituição Federal. No caso de mandado de segurança, o Superior Tribunal de Justiça somente irá apreciar o recurso ordinário se houver sido efetivamente decidido, e no caso da ação rescisória, julgará o recurso especial, pois no caso da demanda rescisória já há o preenchimento do requisito “última instância”.

Pois bem, no caso do mandado de segurança, a decisão que indefere a petição inicial trata-se, apesar de decisão final, de decisão que não aprecia o mérito da causa, ainda não abrindo a via do recurso ordinário, por isso, necessária a provocação da manifestação colegiada para possibilitar um recurso aos tribunais superiores.

No caso da ação rescisória, o objetivo é o mesmo, provocar a decisão colegiada de última instância caso não reconsiderada a decisão.

No dois casos, o meio que se apresenta é o do agravo regimental contra decisão do relator que possa ter causado prejuízo à parte. Nesses casos, os tribunais são unâimes em admitir o agravo regimental como meio de impugnar a decisão que indefere a petição inicial tanto em Mandado de Segurança quanto em Ação Rescisória⁵²⁰. No mesmo sentido, opina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.⁵²¹

⁵²⁰ “Agravo Regimental. Indeferimento da Inicial de Ação Rescisória. Erro de Fato. Inocorrência. Ausência de Razões Capazes de Infirmar a Decisão Agravada. Recurso Conhecido e Improvido.” (TJPR, 9.a Câm. Cív., AgReg n. 0168335-0/01, rel. Des. Marco Antônio de Moraes Leite, j. 24.02.05, *DJPR* n. 6825) “Agravo regimental. Ação rescisória. Extinção. Indeferimento da inicial. Não complemento do depósito. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Renovação do prazo para a complementação do depósito. Impossibilidade. Intimação regular. 1. A intervenção do Ministério Público não é obrigatória na ação rescisória cuja petição inicial foi indeferida ante a irregularidade do depósito como um de seus pressupostos de admissibilidade. 2. Tendo sido a autora intimada para complementar o depósito inicial em virtude da elevação do valor atribuído à rescisória, e deixando de cumprir o disposto no artigo no art. 490, II, do CPC, é impositivo o indeferimento da inicial, com a extinção da ação nos termos do artigo 267, I, do CPC. 3. Não é possível ser reaberto o prazo

10.8 DEMAIS DECISÕES MONOCRÁTICAS TÍPICAS

Por obrigação de tentar exaurir as decisões monocráticas típicas, convém trazer que são inúmeras as mesmas, desde a decisão que manda levantar multa, que presta caução, dentre muitas outras. Nesses casos o recurso cabível será o agravo regimental, já que a aplicação do artigo 39 da Lei n. 8.038/90 é subsidiária às decisões monocráticas que possam causar dano à parte, e não existam outras previstas no ordenamento⁵²². Um exemplo disso é a decisão que suspende a segurança da liminar concedida em mandado de segurança⁵²³.

De todo modo, existem decisões, que mesmo não havendo previsão expressa de recurso, não são impugnadas via agravo regimental. Um exemplo é a decisão que visa desobstruir recurso excepcional retido no tribunal de origem. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não é claro, mas na sessão que fala do agravo regimental, no art. 258, par. 2.o, está estabelecido que não caberá agravo regimental da decisão que negar provimento a agravo de instrumento para determinar a subida de recurso não admitido. Interpretando-se *contrario sensu*, vê-se é o agravo de instrumento o

para complementação do depósito se a intimação para o devido complemento tenha sido regular, não padecendo de nenhum vício que tivesse impedido a parte de tomar conhecimento da determinação judicial. Agravo não provido.”(TJPR, 15.ª Câmara Cív., AgReg n. 0315149-1/06, rel. Des. Hamilton Mussi Correa, j. 11.10.2006, DJPR n. 7244) “Cabe agravo regimental da decisão do relator que indefere liminarmente a inicial processo da competência originária do STJ. Art. 258, do RISTJ. O recorrente não logrou demonstrar a aptidão da peça vestibular da ação rescisória nem da emenda a inicial. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, 3. Sec., AgRg na AR n. 2.938/TO, rel. Min. Paulo Medina, j. 10.03.2004, DJU 05.04.2004, p. 198) .”Julgamento monocrático que indeferiu inicial de ação rescisória. Ausência de norma literalmente violada. Entendimento de que mesmo nos casos de texto legal com interpretação controvertida não cabe rescisória. Súmula 343 do STF e inúmeros precedentes. Rescisória manifestamente incabível. Decisão que indeferiu a inicial mantida. Negado Provimento ao Recurso. Unânime.” (TJRS, 8. Grupo de Câms. Cív., AgReg n. 70022421390, rel. Des. Paulo Roberto Felix, j. 14.12.2007)

⁵²¹ “Caso o relator profira decisão de trancamento da petição inicial da ação rescisória, essa decisão monocrática é impugnável pelo agravo interno do CPC 557, par. 1.o, dirigido ao órgão colegiado competente para julgar a rescisória.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007, p. 800) No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 191. v. V.

⁵²² “Agravo interno. Decisão monocrática em mandado de segurança. Possibilidade. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJRS, 13.a Câmara Cív., Ag n. 70021054580, rel. Des. Breno Pereira da Costa Vasconcellos, j. 25.10.2007)

⁵²³ STJ, 1.a Sec. AgRg na Rcl 1.542/TO, rel. Min. Luiz Fux, j. 10.11.2004, DJU 29.11.2004, p. 217.

recurso para determinar a subida de um recurso especial retido. Nesse sentido é pacífico o entendimento do Superior de Justiça⁵²⁴.

Desta forma, nas demais hipóteses, em regra, o recurso cabível é o agravo regimental.

10.9 DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS ATÍPICAS E A SUA FORMA DE IMPUGNAÇÃO. O USO DO AGRAVO INTERNO

Ferir o assunto da recorribilidade das decisões monocráticas atípicas pode ser assunto simples, mas importante para completar o leque dos meios de impugnação. As decisões monocráticas atípicas são as proferidas quando não há a expectativa de uma decisão do relator no momento, quando se está à espera de uma decisão colegiada, ou, pelo menos não se aguardando aquela modalidade de decisão monocrática. Isso acontece, em regra, quando o relator recebe o recurso, e, em vez de proferir um despacho sobre uma antecipação de tutela recursal, ou mesmo de recebimento do recurso, proclama uma decisão definitiva colocando termo final ao recurso.

Outro exemplo é quando após o cumprimento do contraditório, a referida decisão é prolatada.

Como se sabe, tal decisão é tomada com base no artigo 557 do CPC, e possui certos requisitos, como se basear em súmula ou jurisprudência dominante; nos requisitos de admissibilidade do recurso; ou mesmo na manifesta improcedência. Retirando-se o requisito da 'manifesta improcedência', pois este talvez seja o critério menos objetivo para se proclamar uma decisão monocrática terminativa, deixando ao total arbítrio do julgador a forma de julgar, nos outros dois requisitos: jurisprudência dominante ou súmula; e admissibilidade do recurso, deve o julgador fundamentar objetivamente na jurisprudência dominante de Tribunal Superior ou súmula deste, ou ainda apresentar critérios evidentes de inadmissibilidade para

⁵²⁴ "Processual Civil. Agravo Regimental. Cabimento do Agravo do art. 544 do CPC para Destrancar Recurso Especial Indevidamente Retido. Art. 542, § 3º, do CPC. Processi de Execução. Inaplicabilidade. É viável a interposição do agravo de instrumento do art. 544 do CPC para destrancar recurso especial indevidamente retido em processo de execução. Precedentes." (STJ, 5.a T., AgRg no Ag 705038/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 06.12.05, DJU 13.02.06, p. 844, g. n.)

evidenciar a decisão, que, a título de sugestão, também devem ser acompanhados de jurisprudência quando possível.

Sem maiores problemas, da decisão que põe fim na forma monocrática a recurso, cabe o agravo interno com base no art. 557, par. 1.o do CPC, não dizendo que o recurso originário estaria com razão, mas fundamentando que aquela jurisprudência que o relator se baseou não é a dominante nos Tribunais Superiores, que tal súmula não está mais em uso, ou que o requisito de admissibilidade faltante que o relator mencionou, segundo outros tribunais, está presente.

E somente sobre essas questões poderá versar o decidido no colegiado do agravo interno, não podendo os desembargadores ferirem o mérito do dito recurso principal, pois conforme preceitua Athos Gusmão Carneiro “proferida a decisão singular “de mérito” e impugnada tal decisão através de agravo interno, não poderá a Turma ou Câmara, caso venha dar provimento ao dito agravo, passar desde logo ao conhecimento e ao julgamento do recurso. Tal conduta importaria ofensa ao devido processo legal mesmo porque a lei apresenta-se cogente: “provido o agravo, o recurso terá seguimento, ou seja, o recurso será processado como se o relator não houvesse proferido o julgamento monocrático”⁵²⁵.

⁵²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 5.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 343.

CONCLUSÃO

O presente estudo não teve o cunho de exaurir todas as decisões monocráticas de nosso sistema jurídico, tampouco detalhar as características das mesmas. Fez-se uma breve pincelada na real função dos recursos, a sua função de estabilizar entendimentos sobre questões de direito, bem como o direito de recorrer, este como uma extensão do direito de ação, portanto de alcance constitucional.

Definiu-se os conceitos básicos de recurso, como sendo este o meio de impugnação, ao arbítrio dos legitimados, onde dentro da mesma relação jurídica processual, embora nem sempre dentro dos mesmos autos, visando-se a reforma, a integração, a anulação ou esclarecimento de um provimento judicial, e apresentou-se quais são os atos sujeitos a recurso: as decisões interlocutórias, as sentenças e os despachos que possam causar prejuízo.

Posteriormente demonstrou-se uma real definição e função dos princípios jurídicos, os quais jamais podem ser mitigados na formação das leis e aplicação delas. Estes são mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposições fundamentais que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito, e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe conferem a tônica e lhes dão

sentido harmônico. Ainda, explanou-se quais os princípios constitucionais e processuais que norteiam os recursos, e principalmente, apresentou-se princípios que não guardavam tanta observação como o princípio das decisões juridicamente relevante, sendo este um dos mandamentos dos recursos cíveis. É o princípio que determina dever ser recorrível uma decisão que tenha relevância ou causar dano à parte.

Após isso, foi feita uma abordagem nos pressupostos extrínsecos e intrínsecos dos recursos, bem como foram feitas definições básicas dos demais recursos até se chegar aos pontos culminantes do presente estudo.

Constatou-se que as decisões monocráticas no Brasil podem ser prolatadas em duas ocasiões basicamente. Primeiramente, as decisões que colocam fim a recurso e às ações de competência originária de segundo grau de jurisdição, sendo estas decisões monocráticas atípicas justamente porque não havia a expectativa das mesmas; e ainda as chamadas decisões monocráticas típicas, as interlocutórias, sendo estas decisões onde o relator deveria se pronunciar de forma singular por lei.

Foi feita uma leitura das decisões monocráticas tanto de ações de competência originária como nos recursos. Verificou-se que nas decisões que extinguem recursos, há facilmente a impugnação via agravo interno pela própria disposição legal do art. 557. Já a outra modalidade de extinção liminar, na demanda, o indeferimento de petição, apesar de ser uma decisão monocrática atípica, a impugnação é via agravo regimental por se tratar de ação originária e não de recurso.

Quanto aos poderes do relator, verificou-se as características dos provimentos que este pode realizar ao decidir um recurso monocraticamente. Não há dúvidas quanto à possibilidade do relator negar seguimento a recurso pela inadmissibilidade do recurso, mas os critérios da 'jurisprudência dominante' e do recurso ser 'manifestamente improcedente', devem guardar uma certa cautela. A um porque a utilização do critério da jurisprudência dominante deve guardar uma relação de maioria e precocidade (das decisões adotadas) para uma fundamentação de uma outra decisão de recurso. Além do quê, o recurso, para não cometer demais injustiças, não pode ser julgado por ser manifestamente improcedente. Vive-se num país com

dimensões continentais, com uma diversidade de entendimentos ao extremo. Não seria prudente um desembargador entender por manifestamente improcedente, ou seja, julgar o mérito de um recurso sem a devida base. Opina-se pela utilização do critério do “manifestamente improcedente” para raríssimos casos e da “jurisprudência dominante” quando houver a fundamentação nas últimas decisões de Tribunal Superior, por mais de uma turma ou relator, onde já haja entendimento firmado.

O agravo regimental recebeu atenção especial. Definiu-se a sua natureza jurídica de recurso por ter previsão legal, induzir em preclusão (efeito obstativo), obedecer os pressupostos recursais, e ter destinatário diferente do prolator da decisão recorrida. Fez-se uma abordagem, desde o Século XIX, constatando que no parágrafo oitavo, do Livro I, Título VI das referidas Ordenações do Reino de Portugal, já existia um recurso contra decisão interlocutória monocrática que pudesse causar prejuízo à parte, possibilitando a retratação do relator, e em caso negativo, a colocação do recurso em mesa. Nada muito diferente do art. 259 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, o agravo regimental hoje recebe base legal no art. 39 da Lei 8.038/90, e também ante o art. 496, II, que institui o agravo, portanto com respaldo constitucional. O mencionado recurso possibilita a recorribilidade de decisões interlocutórias monocráticas dos Tribunais, tanto em recurso como em ações de competência originária daqueles quando houver possível prejuízo à parte, e sendo impreterivelmente, submetido o recurso à turma ou câmara.

O agravo interno foi trabalhado de acordo com os dispositivos que norteiam o recurso, os artigos 532, 545 e 557 do CPC. Ou seja, o agravo interno é um recurso acessório, cabível contra decisões que coloquem fim somente a recurso, e com modo de tramitação exatamente igual ao agravo regimental. No mencionado recurso, o contraditório é dispensado, pois na grande maioria dos casos, gerar sucumbência somente ao agravante, e não há a possibilidade de sustentação oral ante o impedimento do art. 554, enquanto ainda não se tornar lei o discutido no Projeto de Lei n. 1.823/96.

Ferindo o assunto das decisões monocráticas típicas, mostrou-se no estudo a natureza e recorribilidade da decisão que concede ou denega efeito suspensivo a recurso, bem como na decisão que converte agravo de

instrumento em retido, sendo tais decisões atacadas pela restrição do parágrafo único, do art. 527, do CPC. O referido dispositivo é eivado de total inconstitucionalidade, seja pela lesão ao direito de acesso à justiça, seja pela violação ao princípio das decisões juridicamente relevantes, seja pela violação ao princípio constitucional do órgão colegiado, ou mesmo ao princípio do juiz natural.

Os referidos princípios já foram constatados pela obrigatoriedade do desembargador em submeter ao exame do órgão colegiado sempre que a situação exija tutela. O princípio da colegialidade possui respaldo constitucional segundo decisão do próprio STF quando decidiu na Representação n. 1.299, que uma norma do Regimento Interno de Goiás era inconstitucional por não submeter ao órgão colegiado um recurso contra a denegação de liminar. O fato é que, o parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil tem o mesmo intuito do que a norma do RITGO declarada inconstitucional, e é inconstitucional segundo a maioria dos autores por ferir princípios como o do acesso à justiça, da colegialidade e do juiz natural, já que é o colegiado o órgão competente nos Tribunais.

Passando pelos dois agravos com prazo de cinco dias, fez-se um pequeno relato de algumas decisões monocráticas proferidas pelos Tribunais, e chegou-se a conclusão de que o agravo regimental é o recurso cabível contra a maioria delas (decisão que nega seguimento a recurso ordinário, que indefere petição inicial em ação originária dos tribunais, que nega liminar a estas, que nega efeito suspensivo à maioria dos recursos, e que de acordo com o defendido no presente estudo, deveria ser o recurso cabível contra a decisão que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento e a que o transforma em retido), que o agravo interno só pode ser manejado contra decisões terminativas em recursos, e que de acordo com os Tribunais, o Mandado de Segurança é utilizável contra as decisões que negam efeito suspensivo a agravo de instrumento ou o transforma em retido. Ainda, constatou-se que o agravo de instrumento do art. 544 do CPC é o recurso aceito contra a não admissão dos recursos excepcionais, bem como da decisão que o mantém retido na forma do art. 542, par. 2.o do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALLA, Valentina Jungmann Cintra. *O recurso de agravo e a Lei 9.139/95, de 30.11.1995*. São Paulo: RT, 1998.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Agravo regimental. In: *Revista dos Tribunais* n. 315. São Paulo: RT, 1962.

_____. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

_____. Preclusão (processo civil). In: Assis, Araken de. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (org.) *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. In: *Revista de Processo* n. 103. São Paulo: RT, jul-set de 2001.

ARMELIN, Donaldo. Apontamentos sobre as alterações ao Código de Processo Civil e à Lei n. 8.038/90, impostas pela Lei n. 9.756/98. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

_____. Tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo* n. 65. São Paulo: Ed. RT. p. 45.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. II. 9.^a ed., São Paulo: RT, 2005.

_____. Anotações sobre a teoria geral dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

_____. Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro. In: *Revista de Processo* n. 48.

_____. Notas sobre algumas das mutações verificadas com as leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001. In: *Direito processual civil. coleção estudos e pareceres – II*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño. In: *Revista de Processo* n. 38, São Paulo: RT, abril-junho de 1985.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3.^a ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 2.

_____. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Ainda sobre a irrecorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança. 51 anos depois*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Anotações a respeito da Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001

_____. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.a ed., São Paulo: RT, 2006.

_____. O conceito de sentença no CPC reformado. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Novo Regime do Agravo*. 2.^a ed., São Paulo: RT, 1996.

_____. O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Teoria geral dos recursos. In: *Revista de Processo* n. 58. São Paulo: RT, 1991.

_____. Sobre a incidência dos recursos especial e extraordinário retidos e “interlocutórias” que são sentenças. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A tutela antecipada nos Tribunais. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil. Tutelas de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Embargos infringentes. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 9.

_____. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

AULETTA, Ferruccio. Le “specialità” del processo civile davanti al giudice monocratico del tribunale. In: *Rivista di Diritto Processuale* v. 56, n. 1, Padova: Antonio Milani, jan-março de 2001.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. A nova disciplina do agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos*

polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: RT, 2007. v. 11.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.* 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol.V.

_____. Lei n. 9.756/98: uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz. In: *Temas de direito processual civil. Sétima série.* São Paulo: Saraiva: Forense, 2001.

_____. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: *Revista de Processo* n. 59, São Paulo: RT.

_____. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: RT, 2005.

_____. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança. In: *Temas de direito processual civil. Sexta série.* São Paulo: Saraiva, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 7.a ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo.* Vol. I. 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BARIONI, Rodrigo. *O efeito devolutivo da apelação civil.* São Paulo: RT, 2007.

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração.* São Paulo: RT, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Recursos e Tutela Cautelar. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. (tentativa de sistematização)* 3.a ed., São Paulo: Malheiros, 2003

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2.a ed., Roma, 1936.

BIM, Eduardo Fortunato. Do cabimento do agravo regimental no mandado de segurança de competência originária para aplicação do princípio constitucional da colegialidade: alcance e crítica da súmula 622 do STF. In: *Revista Dialética de Direito Processual* n. 36. São Paulo: Dialética, março de 2006.

BROOKE, Henry. *Manual of civil appeals*. 2.a ed., London: Lexis Nexis, 2004.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. Existe recurso contra a decisão do relator com base no art. 527, III, do CPC? In: *Revista de Processo* n. 150. São Paulo: RT, ago. de 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.^a ed., São Paulo: Ed RT, 2000.

_____. Os efeitos dos recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10.

_____. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.

CALMON, Eliana. Tutelas de Urgência. In: <http://www.direitobancario.com.br/direitoprocessualcivil/01mar_238.htm> com acesso em 22.05.05.

CALMON FILHO, Petrônio. Reflexões em torno do agravo de instrumento. In: *Revista de Processo* n. 150. São Paulo: RT, ago. de 2007.

CAMBI, Eduardo, CAMBI, Accácio. Cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2001, p. 26, vol. 4.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo Representativo “Versus” Governo dos Juízes: A “Autopoiese” dos Sistemas Político e Jurídico. In: *Caderno da Pós-Graduação em Direito da UFPA*. Vol. 2. Belém, abr-jun de 1998.

_____. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1.^a ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

CANAN, Rodrigo. Efeito suspensivo em embargos de declaração e outras questões sobre o mesmo efeito. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10.

CANNARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “princípalização da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo* n. 98. São Paulo: RT, abril-junho de 2000.

_____. *Direito Constitucional*. 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei n. 11.187/2005. In: *Revista Forense* n. 384, Rio de Janeiro: Forense, março-abril de 2006.

_____. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. Rio de Janeiro: forense, 1996.

_____. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 5.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARPI, Federico; COLENSANTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. *Commentario breve al código di procedura civile*. 4.a ed., Padova : CEDAM, 2002.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Irrecorribilidade das liminares previstas no art. 527, II e III, do CPC. In: *Revista de Processo* n. 139. São Paulo: RT, set. de 2006.

_____. *O Novo Agravo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

CARVALHO, Fabiano. Estudos sobre o agravo interno. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007. v. 11.

_____. Poderes do relator nos embargos infringentes. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Problemas da conversão da conversão do agravo de instrumento em agravo retido e inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Reflexões sobre o agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: RT, 2003, vol. 7.

CASTRO, Danilo Monteiro de. O agravo inominado e as alterações trazidas pela Lei n. 11.187/2005 (Incompatibilidade entre a Nova Redação do inciso II do artigo 527 e seu Novo parágrafo único). In; *Revista dialética de direito processual* vol. 44. São Paulo: Dialética, nov. de 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

_____. *Principios del derecho procesal civil*. Tomo I. trad. José Casais e Santaló. Madrid: Réus, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4.^a ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 4.a ed., Bologna: il mulino, 2006.

COSTA, Coqueijo. Juízo de admissibilidade e agravo. In: *Revista Forense* n. 254, Rio de Janeiro: Forense, abril-junho de 1976.

COSTA, José Rubens. Agravo de instrumento. Alterações da Lei n. 10.352/2001 e do novo Código Civil. In: *Revista Forense* n. 373, Rio de Janeiro: Forense, maio-junho de 2004.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CUNHA, J. S. Fagundes. O mandado de segurança e a aplicação do art. 557 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (março de 2007) sobre o novo sistema do agravo introduzido pela reforma do processo civil brasileiro. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; ALVIM, Thereza (coord.) *Direito civil e processo*. São Paulo: RT, 2008.

DENTI, Vittorio. Giudice onorario e giudice monocratico nella riforma della giustizia civile. In: *Rivista di Diritto Processuale* n. 4, out-dez de 1978.

DIAS, Camila Werneck de Souza. Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. RT, 2002.

DIDIER JUNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 5.a ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 2003

_____. *Capítulos de Sentença*. 1.^a ed., 2.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Os efeitos dos recursos. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002, p. 26. v. 5..

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 14.a ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, Francisco Carlos. *Justiça & Decisão: teoria da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 13. vol. I.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 1.a ed., 4.a reeimpr. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

ENRIQUE PALACIO, Lino. *Manual de derecho procesal civil*. 12.a ed., Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2003.

FERREIRA, J. O. Cardona. *Guia de recursos em processo civil*. 3.a ed., Coimbra: Coimbra, 2005.

FERREIRA, William Santos. *Tutela Antecipada no Âmbito Recursal*. São Paulo: RT, 2000.

FEU ROSA, Antônio José Miguel. Agravo regimental. In: *Revista dos Tribunais* vol. 738. São Paulo: RT, abril de 1997.

_____. Agravo regimental. In: *Revista Consulex* v. 1, n. 2, São Paulo: Ed. Consulex, fev. de 1997.

FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Competência para as ações cautelares depois de interposto o recurso. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil. Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Notas sobre o agravo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Madrid: Labor, 1936.

_____. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1931.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. O novo regime do agravo de instrumento (Lei n. 11.187, de 19.10.2005). In: *Revista de Processo* n. 134. São Paulo: RT, abril de 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4.a ed., Madrid: Civitas, 1997.

GUASTINI, Riccardo. *Principi del diritto. Dalle fonte alle norme*. Turim: Giapichelli, 1990.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Breves apontamentos sobre a tutela de urgência recursal. In: *Revista Brasileira de Direito Processual* vol. 61. São Paulo: Fórum, jan-março de 2008.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2.^a ed., Norfolk: Oxford University Press, 1994.

IBAÑEZ FRONCHAN, Manuel. *Los recursos em el proceso civil*. Buenos Aires: Sociedad Bibliografica Argentina, 1943.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.a ed., São Paulo: RT, 2007.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25.a ed., Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Zivilprozessrecht*, 24.a ed., Munique, 1993.

KEENAN, Denis; RICHES, Sarah. *Business law*. 2.a ed. London: Pitman, 1991.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

LAFER, Celso *et alli*. *O que é filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti sulle impugnazioni*. 25.a ed. Milão: Cisalpino-Golardica, 1975.

_____. Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. III. 3.a ed. Milano: Giuffré, 1976.

LOUGHLIN, Paula; GERILS, STEPHEN. *Civil procedure*. 2.a ed., London: Cavendish, 2004.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VIII – Tomo I*. 7.^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 205.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Ed. Landy, 2002.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos princípios básicos em processo civil*. 2.a ed., Porto: ELCLA, 1998.

_____. *Dos recursos em processo civil*. 5.a ed., Porto: Almeida e Leitão Ltda., 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo: RT, 2002.

_____. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 9.

LOPES, João Batista. Agravo Regimental: Recurso ou Pedido de Reconsideração. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. vol. 4. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Recurso de agravo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007, pp. 320-321. v. 11.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. *La differenziazione del diritto*. Milano: Ed. Società editrice il mulino, 1990.

_____. Le système juridique. In: *Archives de philosophie du droit*. Tome 31. Paris: Ed. Sirey, 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. Agravo de instrumento, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. In: *Revista Consulex* v. 2, n. 14, São Paulo: Ed. Consulex, fev. de 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. Atribuição de Efeito Suspensivo à Apelação. NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisprudência, dominante ou sumulada, e a sua eficácia contemporânea. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa;

NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. 1.ed, 2.a tiragem. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7.a ed., São Paulo: RT, 2001.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.) *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do código de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H., SHERMAN, Edward F. *Civil procedure. A modern approach*. 2.a ed., St. Paul: West Publishing, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. 5.ª ed., São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, São Paulo: RT, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. IV. Campinas: Ed. Millennium, 2000.

MATTRIOLO, Luigi. *Istituzioni di diritto giudiziario civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1888.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 2.

_____. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei n. 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Execução civil: princípios fundamentais*. 2.a ed., São Paulo: RT, 2004.

_____. Tutela Antecipatória e o Perigo da Irreversibilidade do Dano. In: *Revista de Processo* n.º 86. São Paulo: Ed. RT, abril-junho de 1997.

_____. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial. Breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Armindo Ribeiro. *Recursos em processo civil*. 2.a. ed., Lisboa: Lex, 1994.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial*. São Paulo: RT, 2006.

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-germanica*. 2.a ed. 7.a reimpressão. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MILANI, Antonio. Delle impugnazioni in generale. In: *Rivista di diritto processuale civile*. Vol. XVII, 1941.

MODEL, Otto; MÜLLER, Klaus. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 9.a ed., Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1981.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19.a ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

NASCIMENTO, Bruno Dantas do. Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela Lei n. 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2006. vol. 9.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.a ed., São Paulo: RT, 2007.

_____. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: RT, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o processo civil*. 2.a ed., São Paulo: RT, 1998.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6.a ed., São Paulo: RT, 2000.

_____. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5.^a ed., São Paulo: Ed. RT, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Agravo interno regimental. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 39. São Paulo: Dialética, junho de 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *A Reforma do CPC. Leis n. 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A Reforma do CPC 2. Leis n. 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007.

NOJIRI, Sérgio. Discricionariedade judicial na apreciação de pedido de medida liminar em mandado de segurança. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade das decisões dos Tribunais. Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. In: *Revista*

IOB de Direito Civil e Processual Civil vol. 50. São Paulo: IOB, nov-dez de 2007.

OLINANI, José Alexandre Manzano. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da irrecorribilidade da decisão liminar do relator que atribui efeito suspensivo ou antecipa a tutela recursal no agravo de instrumento e do juízo de reconsideração, positivados pela Lei 11. 187, de 19.10.2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da irrecorribilidade da decisão liminar do relator que atribui efeito suspensivo ou antecipa a tutela recursal no agravo de instrumento e do juízo de reconsideração, positivados pela Lei 11. 187, de 19.10.2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Novos contornos do efeito devolutivo do recurso de apelação. In: FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Tutelas de urgência nos recursos extraordinário e especial. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil. Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. A irrecorribilidade do parágrafo único do art. 527 do CPC e a jurisprudência correlata do STF. In: *Revista de Processo* n. 32. São Paulo: RT, jun. de 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Acesso à justiça, poderes do relator e agravo interno*. PUC-PR, Dissertação de Mestrado, 2005.

_____. A conversão do agravo de instrumento em agravo retido: decisão irrecurável? In: *Arruda Alvim Wambier – Anuário de produção intelectual*. Curitiba, 2007.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

_____. *Tratado das Liminares, vol. II*. São Paulo: Ed. Lejus, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. 6.a ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

PACHECO, Alexandre S.. O mandado de segurança contra ato judicial e a reforma do agravo de instrumento empreendida pela Lei 11.187/2005. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2007. vol. 11.

PAIS DE AMARAL, Jorge Augusto. *Direito processual civil*. 6.a ed., Coimbra: Almedina, 2006.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. In: *Revista de Processo* n.17. São Paulo: RT, 1979.

PERROT, Roger. Giudice collegiale e giudice único nel diritto processuale francese. In: *Rivista di Diritto Processuale* n. 3, jul-set de 1982.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. 2.ª ed., 2.ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo civil*. Vol. XII. 2.ª ed. Atualizada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VII. 3.ª ed. atualizado por Sérgio Bermudes. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5.ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Princípios do processo civil*. 3.a ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao código de processo civil*. 2.a ed., Lisboa: Almedina, 2004.

RODRIGUES, Júlio César Souza. Agravo de instrumento: cópias das peças transladas (arts. 525, I e 544, par. 1.o do CPC), desnecessidade de autenticá-las. In: *Revista de Processo* n. 124. São Paulo: RT, junho de 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de segurança. Liminar. Recorribilidade. In: *Revista de Processo* n. 78. São Paulo: RT, jan-mar de 1995.

ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Milão: Giuffrè, n. 28, 1962.

SALLES, José Carlos de Moreira. *Recurso de Agravo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

SANT'ANNA, Paulo Affonso de Souza. Medidas de Urgência no Âmbito Recursal. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. Vol. 7. São Paulo: RT, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 2.^a ed., São Paulo: Ed. Cortez, 2004.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O agravo (regimental) interno no STJ. In: *Revista Consulex* v. 3, n. 27, São Paulo: Ed. Consulex, março de 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21.a ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

SATO, Priscila Kei, A recorribilidade de decisão laminar em mandado de segurança e impossibilidade de aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo* n. 96. São Paulo: RT, dez. de 1999.

_____. "Jurisprudência (pre)dominante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7.a ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 2.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 6.a ed., São Paulo: RT, 2002, v. 1.

_____. *Do Processo Cautelar*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

SHIMURA, Sérgio. *Arresto Cautelar*. 3.^a ed., São Paulo: RT, 2005.

_____. Embargos infringentes e seu novo perfil. (Lei n. 10.352/01). ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. NERY JR., Nelson. (coord.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. Vol. 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.518.

_____. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Fernanda Siqueira Cunha de. O que se entende por reforma da decisão para fins de cabimento de embargos infringentes? In: *Revista de Processo* n. 153. São Paulo: RT, novembro de 2007.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. Embargos de declaração: são dotados ou não de efeito suspensivo recursal? In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2006. v. 10.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. In: *Revista de Processo* n. 80. São Paulo: RT. pp. 125-147.

_____. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: Legitimidade e Controle (Agravo Interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. vol. 5.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.a ed., Milão: Giuffrè, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. Civil, vol. I, 44^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOUTSAKOVITCH, M. D. L'intuitionnisme bergonien dans la philosophie du Droit. In: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: 9.o ano, n. 1-2, 1939

VARELA, Antunes; BEZERRA, José Miguel; NORA, Sampaio. *Manual de processo civil*. 2.a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da Fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 7.a ed., São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para a obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. In: *Revista de Processo* n. 100. São Paulo: RT, out-dez de 2000.

WAMBIER, Luiz Rdrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Curso avançado de processo civil*. vol. 1. 9.a ed., São Paulo: 2007.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: ed. UnB, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil Brasileiro*. 2.^a ed., 2.^a Tiragem. Campinas: Bookseller, 2000.

WILLIAMS, Victoria. *Civil procedure handbook 2006*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

YAGÜE, Francisco Lledó (coord.) *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Madrid: Dykinson, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)