

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**FELIPE TELES SANTANA**

**RECURSO ESPECIAL E O PRECEDENTE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**  
**BRASILEIRO**

**VITÓRIA, ESPÍRITO SANTO**

**2013**

**FELIPE TELES SANTANA**

**RECURSO ESPECIAL E O PRECEDENTE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
BRASILEIRO**

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO PROGRAMA  
DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM  
DIREITO, DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO  
ESPÍRITO SANTO, COMO REQUISITO PARCIAL  
PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL.**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR FLÁVIO  
CHEIM JORGE.**

**VITÓRIA, ESPÍRITO SANTO**

**2013**

**FELIPE TELES SANTANA**

**RECURSO ESPECIAL E O PRECEDENTE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL  
BRASILEIRO**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito,  
da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção  
do título de Mestre em Direito Processual.**

**Aprovado em 27 de maio de 2013.**

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge**  
**Universidade Federal do Espírito Santo**  
**(Orientador)**

---

**Prof. Dr. Bruno Silveira de Oliveira**  
**Universidade Federal do Espírito Santo**  
**(Membro Interno)**

---

**Prof. Dr. Anderson Sant Ana Pedra**  
**Faculdade de Direito de Vitória**  
**(Membro Externo)**

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

---

SANTANA, Felipe Teles

Recurso Especial e o Precedente no Direito Processual Civil brasileiro – ed. rev.  
– Vitória, 2013.

Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da  
Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito

Bibliografia

ISBN

1. Processo Civil – Brasil 2. Recurso Especial – Brasil 3. Precedente (Direito) I. Título

---

**Índices para catálogo sistemático: 1. Direito Processual Civil: Recurso Especial**

À minha querida esposa Nália,  
por tudo o que representa para mim.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela proteção de sempre e, especialmente, por ter me conduzido até aqui: obrigado Senhor!

Não pretendia citar nomes para não cometer injustiças, mas alguns precisam ser declinados:

Obrigado Flávio, meu orientador e amigo, pela oportunidade e pela inspiração, bem como pela compreensão das dificuldades, hesitações e fraquezas deste seu “discípulo” e admirador que tem muito a amadurecer.

Obrigado aos demais professores do mestrado da UFES, em especial aos Professores Dr. Marcelo Abelha Rodrigues e Dr. Bruno Silveira Oliveria, pelas profundas lições.

Agradeço, também, ao Prof. Dr. Anderson Sant Ana Pedra por ter aceitado prontamente o convite para compor, como membro externo, a comissão examinadora.

Obrigado à Dra. Maria Lucia, pelo incentivo e por deferir a mim trato de filho.

Obrigado aos colegas de escritório – José Alexandre, Olavo, Alexandre, Alex, Roberta, Maria, Mylla, Roberto e Mirella –, que supriram e compreenderam as ausências.

Obrigado aos estimados amigos Filipe e Thaís, pelas diversas vezes em que me acolheram em suas casas em Guarapari e Vitória, respectivamente, durante o curso.

Obrigado a todos os meus familiares – pai, mãe e irmãos, tios e tias, primos e primas –, bem como aos demais amigos, que torcem por mim, pois contribuíram muito para este momento.

## QUATORZE DE AGOSTO

Votos iguais  
Recursos inúteis

Da monotonia  
O tédio profundo  
Faz com que a turma  
Se alheie do mundo

Quinhentos processos  
Passaram por nós  
Que os deglutimos  
Sem dó e sem pena  
Com a indiferença  
De férrea moenda

O STJ  
Tão bem concebido  
Sucumbe à sina  
De se transformar  
Em reles usina

E cada ministro  
Perdendo o valor  
Torna-se um chip  
De computador

Quatorze de agosto  
Oh, quanto desgosto

Fazemos agora  
Bem desatentos  
A sessão mais aborrecida  
E mais enervante  
De todos os tempos

(Humberto Gomes de Barros)

## RESUMO

O presente estudo é dedicado a fomentar a compreensão do atual momento de constitucionalização do direito e a verificação das modificações que o neoconstitucionalismo tem forçado na seara do processo civil, dada a constatação de maior liberdade para os magistrados elaborarem a regra do direito no caso concreto, diante de uma legislação impregnada por preceitos constitucionais e arejada por técnicas abertas de redação das leis, contemplando conceitos indeterminados, vagos e princípios, carentes de conteúdo a ser preenchido pelo juiz, que dão a tônica da tutela jurisdicional atual que favorece a imposição de resultados diversos a casos semelhantes, com reflexos negativos para a uniformidade do Direito, para a segurança do jurisdicionado e para a manutenção do Estado Democrático, acirrando, inclusive, a litigiosidade que é uma das causas do acúmulo de demandas em nossos tribunais. Nesta senda, equiparam-se as iniciativas legislativas que alteraram o Código de Processo Civil com o propósito de desobstruir nossos tribunais, ao incentivo de observância dos julgamentos anteriores do Superior Tribunal de Justiça pelos demais órgãos das instâncias do Judiciário, como meio de harmonizar as decisões e potencializar os seus resultados em prol não só da celeridade, mas também da previsibilidade e estabilidade do Direito. Temos, então, uma postura legislativa valorizadora dos precedentes onde o recurso especial tem aplicação, pela sua idoneidade para fixação da tese jurídica, embora não haja, ainda, uma cultura que favoreça a sua efetivação no campo da prática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Constitucional de Direito. Neoconstitucionalismo. Teoria dos Precedentes. *Stare Decisis*. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo Civil.



## ABSTRACT

*This study is dedicated to increasing understanding of the current state of constitutionalization of the right and check the changes that have forced neoconstitutionalism harvest in the civil case, given the finding of greater freedom for judges develop the rule of law in the case before impregnated by a constitutional law and airy open techniques for drafting laws, contemplating indeterminate concepts, principles and vague, lacking content to be filled by the judge, who give the keynote of judicial current that favors the imposition of the various results similar cases, with negative consequences for uniformity of law, for the safety of jurisdicionado and the maintenance of a democratic state, exacerbating even the litigation which is a cause of the accumulation of demands on our courts. In this vein, are equivalent legislative initiatives that changed the Code of Civil Procedure in order to unclog our courts, the encouragement of compliance with previous judgments of the Superior Court of Justice by the other organs of the bodies of the judiciary as a means to harmonize decisions and maximize their results in favor not only the speed but also the predictability and stability of the law. We then have an attitude of valuing legislative precedents where the resource has special application for its suitability for fixing the legal argument, although there is also a culture that encourages its effectiveness in the field of practice.*

*KEYWORDS: Constitutional State. Neoconstitutionalism. Theory of Precedent. Stare decisis. Superior Court of Justice. Special Appeal. Civil Procedure.*

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO I – NOTAS INTRODUTÓRIAS .....</b>	<b>13</b>
1 A RELEVÂNCIA DO TEMA .....	13
2 O ESCOPO DA PESQUISA.....	16
3 O ITINERÁRIO TRAÇADO.....	17
<b>CAPÍTULO II – A TUTELA JURISDICIONAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>19</b>
4 O POSITIVISMO JURÍDICO .....	19
4.1 O primado da legalidade.....	19
4.2 A crise do positivismo.....	22
4.3 Pós-positivismo.....	25
5 O NEOCONSTITUCIONALISMO.....	26
5.1 Especificamente o ativismo judicial .....	31
6 A MARCA DA TUTELA JURISDICIONAL NA ATUALIDADE .....	33
<b>CAPÍTULO III – A TEORIA DOS PRECEDENTES .....</b>	<b>36</b>
7 O PRECEDENTE JUDICIAL .....	36
7.1 Considerações gerais .....	36
7.2 Conceito de precedente.....	42
7.3 Conceitos para compreensão, identificação e superação de precedentes 45	
7.3.1 “Ratio decidendi” e “obiter dictum” .....	45
7.3.2 “Distinguishing” .....	49
7.3.3 “Overruling”.....	50
<b>CAPÍTULO IV – O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS .....</b>	<b>52</b>
8 INTRODUZINDO A QUESTÃO DO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....	52
8.1 Considerações gerais sobre a impugnação das decisões judiciais .....	52
8.2 Conceito de recuso .....	54
9 O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS POR MEIO DOS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....	58
9.1 A garantia constitucional dos recursos: celeridade e segurança .....	58

9.2 A <b>classificação dos recursos no processo civil brasileiro</b> .....	59
9.2.1 Recursos ordinários e extraordinários (excepcionais).....	60
9.2.2 Recursos de fundamentação livre e vinculada .....	62
9.3 <b>Admissibilidade e mérito dos recursos (análise crítica)</b> .....	63

**CAPÍTULO V – O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A INCOLUMIDADE DO DIREITO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL ..... 72**

10 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	72
10.1 <b>Origem histórica e vocação uniformizadora</b> .....	72
11 O RECURSO DE ESTRITO DIREITO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	81
11.1 <b>O que é um recurso de estrito direito?</b> .....	81
11.2 <b>Requisitos específicos do recurso especial</b> .....	85
11.2.1 As causas decididas em única ou última instância.....	88
11.2.2 O prequestionamento.....	94
11.3 <b>Aptidão do recurso especial</b> .....	100
11.3.1 O direito federal infraconstitucional .....	100
11.3.2 Contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal .....	103
11.3.3 Declaração de validade de ato de governo local contestado em face de lei federal .....	109
11.3.4 Conferir à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal .....	112
12 O EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO ESPECIAL .....	117
12.1 <b>Identidade entre os planos da extensão e profundidade</b> .....	117
12.2 <b>Qual a praxe no Superior Tribunal de Justiça (análise crítica)?</b> .....	120

**CAPÍTULO VI – O RECURSO ESPECIAL E O PRECEDENTE JUDICIAL.. 133**

13 O PRECEDENTE NO RECURSO ESPECIAL E O SEU RESPEITO .....	133
13.1 <b>Considerações gerais</b> .....	133
13.2 <b>Evidências da valorização dos precedentes no Código de Processo Civil brasileiro</b> .....	136
13.2.1 Eficácia vertical dos precedentes no Código de Processo Civil.....	136
13.2.1.1 <i>Sentença liminar de mérito (art. 285-A do CPC)</i> .....	137
13.2.1.2 <i>Vedação à remessa necessária (art. 475, § 3.º, do CPC)</i> .....	143

13.2.1.3 <i>Impedimento a recurso (art. 518, § 1.º, do CPC)</i> .....	144
13.2.1.4 <i>Decisão monocrática que nega seguimento ou dá provimento a recurso (art. 557 do CPC)</i> .....	146
13.2.1.5 <i>Julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC)</i>	148
13.2.2 Eficácia horizontal dos precedentes no Código de Processo Civil	156
13.2.2.1 <i>Decisão monocrática do relator (art. 544, § 4.º, inc. II, 'b' e 'c', do CPC)</i> .....	157
<b>13.3 O recurso especial como veículo de formação de precedente interpretativo</b> .....	<b>159</b>
<b>13.4 A transcendência da <i>ratio decidendi</i> do recurso especial</b> .....	<b>162</b>
<b>13.5 A eficácia do precedente revelado no recurso especial</b> .....	<b>165</b>
<b>CAPÍTULO VII – CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>170</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>175</b>

# CAPÍTULO I

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

### 1 A RELEVÂNCIA DO TEMA

Estamos vivenciando a formação do novo *Estado Constitucional de Direito*,<sup>1</sup> com o surgimento de um novo direito constitucional brasileiro, permeado de mudanças paradigmáticas denotando a construção de um novo modelo, reformulando todo o ordenamento jurídico.

Trata-se da superação do modelo do positivismo jurídico, no qual se queria acreditar que a lei *stricto sensu* trazia a solução abstrata para apaziguar todas as necessidades sociais, bastando para tanto a subsunção do fato à norma.

O positivismo, porém, não se revelou adequado, haja vista que “o Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ela não é um dado, mas uma criação”.<sup>2</sup>

Tal modelo, a toda evidência, engessava o sistema que já não tinha mais respostas suficientes à diversidade e complexidade das relações sociais então surgidas, inspiradas em todo o mundo a partir dos movimentos decorrentes do pós-guerra na Europa continental, como relata Luís Roberto Barroso:

O *Estado Constitucional de Direito* desenvolve-se a partir do término da Segunda Grande Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao

---

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

2 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 241.

administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.<sup>3</sup>

É nesse ambiente que se vê valorizada a função jurisdicional como o meio adequado e eficaz de realização dos anseios sociais, consubstanciados na efetivação dos direitos.

Contudo, essa função jurisdicional não pode ser exercida olvidando da mudança de paradigma que reza que o “direito produz-se no processo de sua compreensão, concretizando-se no momento de sua aplicação ao caso particular”, sendo que a interpretação que cria o direito não mais “se opera de maneira meramente silogística e reprodutiva, na medida em que passa a ser circular e seu ato passa a ser produtivo”.<sup>4</sup>

Portanto, é à luz dessa nova força normativa da Constituição que se devem empreender estudos em prol da (re)elaboração doutrinária da interpretação constitucional sobre o ordenamento jurídico, que ainda sofre a mutação aqui iniciada com a democratização e o advento da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, especial relevância tem a (re)discussão da dogmática que envolve a função constitucional precípua do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a de zelar pela incolumidade do direito federal infraconstitucional por meio de recurso de estrito direito, o que servirá, justamente, ao propósito de constitucionalizar o ordenamento, na medida que “a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais”.<sup>5</sup>

E nisto também consiste o propósito de pesquisa do tema em questão, na medida em que se espera acender a chama da constitucionalização na dogmática recursal, mormente na seara mais rígida e técnica do sistema recursal civil atinente ao

---

3 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 244/245.

4 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 23.

5 NERY JUNIOR, Nelson. Op. Cit., p. 23.

recurso especial, de espécie extraordinária (excepcional), por visar a apreciação do mister entregue ao Superior Tribunal de Justiça de harmonizar a vasta legislação federal infraconstitucional em face da nova ordem constitucional, donde emanam preceitos de anseio por eficácia, utilidade e celeridade da prestação jurisdicional e que almeja, por sua vez, sejam realizados também pelas normas infraconstitucionais.

Não há como negar que a prestação jurisdicional se apresenta, hoje, como a ferramenta de maior importância na realização da justiça, inspirada pelos novos preceitos constitucionais em prol da tutela de questões sociais e direitos fundamentais, uma vez superado o "Estado Legislativo", fulcrado no positivismo jurídico.

A atual constitucionalização do direito inspirou e proporcionou a ascensão da função jurisdicional, refletindo o anseio da sociedade moderna, cuja dinâmica de relacionamentos postos à apreciação jurisdicional não encontrava resposta suficiente na mera subsunção do caso concreto à lei positivada.

Todavia, o cenário atual, em que se vê entregue ao julgador grande parcela de autonomia para decidir, interpretando as normas do ordenamento jurídico em um processo de criação do direito, tem gerado graves distorções que atentam à segurança jurídica e à isonomia, tendo passado ao inaceitável *status* da banalidade a existência de decisões antagônicas proferidas em casos semelhantes e com o mesmo fundamento jurídico.

É bem verdade que para os “operadores do direito” a constatação de decisões divergentes em casos semelhantes já não choca tanto, tendo, inclusive, de um modo geral, a comunidade jurídica brasileira se insensibilizado face à constante verificação dessa circunstância. Contudo, não é menos verdade que a existência de decisões divergentes em casos semelhantes afronta a segurança jurídica e agride toda a sociedade, mormente em sua imensa parcela alheia aos meandros e peculiaridades do ordenamento jurídico, que pretensamente regula o seu agir.

A resposta evidente a essa agressão à sociedade é a litigiosidade e o inconformismo com o provimento jurisdicional, fatores estes diretamente desencadeadores da ânsia postulatória, caracterizada pela multiplicidade de demandas e

recursos, que há tempos invade torrencialmente nossos tribunais que se vêem incapazes de dar vazão à demanda que se lhes apresenta. Temos, com isso, o colapso da função jurisdicional.

Neste passo, ressalta-se a importância deste trabalho que aborda o recurso especial cabível ao Superior Tribunal de Justiça; típico mecanismo de manutenção da incolumidade do ordenamento jurídico, na medida em que se revela ferramenta apta a servir à afirmação do entendimento que se deve guardar à norma federal infraconstitucional e à uniformização da jurisprudência, dando ensejo, inclusive, à formação de precedentes pelo Tribunal da Cidadania.

Assim, temos que a formação de precedentes, com efeito, tem o propósito de tornar mais sedutores a aceitação e o conformismo dos jurisdicionados com as decisões de instâncias inferiores, desde que estas espelhem aquele entendimento já sedimentado em superior instância.

Só que para tanto, também se mostra essencial compreender adequadamente o aspecto da devolução proporcionada pelo recurso especial, que limita e estabelece o âmbito de atuação do Superior Tribunal de Justiça dentro da sua competência constitucional, evitando que haja um desvirtuamento do seu mister que é servir ao ordenamento com decisões paradigmáticas, não casuístas, haja vista que não se trata o Tribunal da Cidadania de mais uma instância ordinária na escalada recursal do processo civil brasileiro.

## 2 O ESCOPO DA PESQUISA

O que se pretende aqui é compreender, definir e situar a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça em matéria recursal cível, atinente ao cabimento, admissibilidade e conhecimento do recurso especial a ele dirigido; verificando sua importância/contribuição para a composição da prestação jurisdicional justa no caso concreto e, também, abstratamente, como fator de criação de precedentes jurisprudenciais, enquanto método de realização e efetivação dos direitos numa nova



perspectiva constitucional, inclusive no que tange ao julgamento de demandas repetitivas.

Preocupa-nos, desvendar, a partir de um matiz histórico do Superior Tribunal de Justiça, calcado na análise de elementos quantitativos e qualitativos da jurisprudência deste tribunal e do direito posto, se a tendência atual do direito processual civil brasileiro de valorização dos precedentes encontra lastro idôneo no recurso especial e no proceder do nosso Tribunal da Cidadania.

Com espeque nesta razão, formulamos o seguinte questionamento, cuja resposta ofertamos na forma deste trabalho: “Em que medida o recurso especial auxilia na valorização dos precedentes no direito processual civil brasileiro, pensado sob o prisma de fomentar a aceitação das decisões judiciais que se adéquem ao seu entendimento acerca do ordenamento jurídico, para o fim de se reduzir a litigiosidade e a insurgência em face das decisões judiciais como um todo, desafogando os tribunais?”

### 3 O ITINERÁRIO TRAÇADO

Em primeiro lugar, pensamos ser essencial a contextualização do momento atual do direito, mormente o direito processual civil, de plena constitucionalização, razão pela qual dispomos acerca da tutela jurisdicional no neoconstitucionalismo, abordando o primado da legalidade, sua crise e superação pela ascensão da função jurisdicional, notadamente pelo ativismo judicial e a tutela jurisdicional como criadora do direito, e não mais sua mera reveladora. Aludimos, também, a correntes críticas a este movimento, quando tratamos da crise de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

A partir daí, sedimentamos algumas bases teóricas que orientaram a pesquisa científica, quando tratamos da teoria dos precedentes judiciais, uma vez que experimentamos a aproximação do sistema jurídico nacional de inspiração romano-germânica (*civil law*) aos sistemas jurídicos inglês e estadunidense de inspiração angosaxã (*common law*), fenômeno que também vem proporcionando a valorização da função jurisdicional e a imprescindibilidade de respeito aos precedentes no direito

brasileiro. Nesta linha visitamos, por essencial, os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Em seguida, abordamos o tema controle das decisões judiciais, denotando sua imprescindibilidade para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, restringindo a explanação e, ao mesmo tempo, aprofundando-a, no que tange ao controle das decisões judiciais por meio dos recursos no processo civil brasileiro, realizando o recorte metodológico dentro do tema proposto.

Mais adiante, chegamos ao trato da dogmática que envolve o recurso especial, suas características e requisitos específicos, seu cabimento e seu efeito devolutivo, ou seja, expomos a teoria que o identifica como típico recurso de estrito direito, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, instância incumbida da preservação da incolumidade do direito federal infraconstitucional.

Por fim, analisamos o recurso especial sob o enfoque da valorização dos precedentes, na medida em que procuramos expor as disposições legais que oportunizam e incentivam o respeito das decisões anteriores do Superior Tribunal de Justiça em casos futuros. A transcendência da *ratio decidendi* do recurso especial e a sua eficácia são os últimos assuntos abordados, seguindo-se exortações finais.

Passemos, então, ao enfrentamento das questões eleitas.

## CAPÍTULO II

### A TUTELA JURISDICIONAL NO NEOCONSTITUCIONALISMO

#### 4 O POSITIVISMO JURÍDICO

Guardando fidelidade ao itinerário pretendido, iniciamos por apresentar a contextualização que consideramos necessária a embasar a exata compreensão do momento atual de plena constitucionalização, o que implica em tracejar, ainda que em linhas gerais, os contornos do movimento evolutivo do Direito verificado a partir do primado da legalidade.

##### 4.1 O primado da legalidade

Em período ainda anterior ao surgimento do Estado Moderno, isto é, até meados do século XVIII, a concepção do Direito que habitava a mentalidade jurídica ocidental girava em torno de dois conceitos: direito natural e direito positivo.<sup>6</sup>

Em linhas gerais o direito natural se caracterizava por ser: universal – válido em toda parte; imutável – invariável no tempo e no espaço; proveniente da natureza humana; revelado pela razão; e orientado por conteúdo moral. Já o direito positivo se contrapunha àquele, na medida em que se caracterizava por ser: particular – válido apenas em alguns certos lugares; mutável – variável no tempo e no espaço; proveniente da potestade humana; revelado pela declaração de vontade alheia (ex. promulgação); e indiferente a qualquer conteúdo moral, ou seja, vale pelo que formalmente é (lei), independentemente de um conteúdo valorativo.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-22.

<sup>7</sup> Cf., para maiores detalhes, o rol dos critérios que distinguem direito natural e direito positivo em: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23.

Apesar da evidente contraposição, direito natural e direito positivo compunham a mesma classificação como Direito, isto é, estavam circunscritos a esta mesma classe respeitada a aceção da palavra.

Este registro se faz essencial, pois, segundo Norberto Bobbio:

[...] o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.<sup>8</sup>

O positivismo jurídico surgiu, portanto, de um *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*<sup>9</sup>, o que caracterizou o Estado moderno que sucedeu a sociedade medieval então presente, em que o direito equivalia àquilo que se impunha pela própria sociedade civil.

O Estado moderno avocou para si todo o poder antes disperso naquele Estado primitivo pluralista que dispunha de ordenamentos jurídicos próprios (consuetudinários) a cada agrupamento social. Em verdade, a sociedade medieval não se ocupava com a produção de normas, que surgiam naturalmente com o desenvolvimento social.<sup>10</sup>

A figura do Estado na sociedade medieval se limitava, quando do surgimento de um conflito entre dois sujeitos, a nomear um terceiro que assumiria o papel do juiz a solucionar a controvérsia, sendo certo que este terceiro também poderia ser nomeado pelas próprias partes (espécie de árbitro), e tanto naquela quanto nesta hipótese havia ampla liberdade de escolha e formulação da norma que seria aplicada na resolução da questão que se impunha. O juiz (ou árbitro) podia, então, construir a norma jurídica a partir “das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

<sup>9</sup> *Passim*, in: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

<sup>10</sup> Tratavam-se de normas eminentemente consuetudinárias e regras de equidade.

próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas essas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas e aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam ‘fontes do direito’”.<sup>11</sup>

Essa liberdade para a criação da norma a ser aplicada – e, porque não dizer, o poder que essa circunstância representa – foi suprimida da figura do juiz com a formação do Estado moderno.

É que, tornando-se o Estado o único criador do Direito, todas as outras fontes restaram descartadas, passando-se à evidência o direito positivado como o único válido, justamente porque sujeito ao arbítrio do Estado. Nesta medida, direito natural e direito positivo deixaram de gozar do grau de equivalência antes existente. Valendo dizer: o reconhecimento pelo Estado era a condição *sine qua non* para se cogitar o que enseja Direito.<sup>12</sup>

Nota-se, então, que aquele juiz livre da sociedade medieval, cedeu lugar um servidor do Estado, preso aos seus grilhões, consagrando um judiciário amordaçado e, quando muito, ventríloquo do texto legal positivado.<sup>13</sup>

Há clara subordinação da função jurisdicional à função legislativa, que ditaria as regras que imporiam um agir celibatário aos juízes do Estado moderno, constrictos que estavam às normas concebidas e reconhecidas pelo Estado, único e absoluto criador do Direito.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28.

<sup>12</sup> “Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

<sup>13</sup> Esclarece Bobbio, com apoio na obra *A Lógica dos Juristas* de Ehrlich: “[...] com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feito por Ehrlich em sua obra *La lógica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28-29.

Como se pode notar, houve uma transição quanto ao fundamento de validade do Direito na sociedade medieval para o Estado moderno, alterando essencialmente o que se deve entender por Direito. De modo que o fundamento de validade do Direito no Estado moderno passou a ser a vontade do legislador formalizada na lei.<sup>14</sup> O Estado, portanto, é condição de possibilidade do Direito, sendo negada a preexistência de qualquer espécie deste em relação àquele. Está delineado, então, o momento da supremacia da lei, o primado da legalidade.

Daí seguiu-se período de intensa codificação, compreendido a partir do final do século XVIII e princípio do século XIX, tendo sido promovida a completa abrangência do Direito pelo Estado. Nos dizeres de Bobbio, “da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito”.<sup>15</sup>

#### 4.2 A crise do positivismo

O crescente movimento de codificação do Direito, que revela o intento de valorização do texto escrito da lei, segundo Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida, só encontrou resistência na Escola Histórica, tendo sido abraçado por “todas as outras, independentemente da diversidade do ponto de vista”.<sup>16-17</sup>

---

<sup>14</sup> Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 366.

<sup>15</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 32.

<sup>16</sup> Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 365-371.

<sup>17</sup> Importante registrar que o Direito Romano foi o grande legado do movimento de codificação a influenciar todo o mundo: “O direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período – obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura – ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da ‘recepção’, graças ao qual o direito romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX – antes das grandes codificações ocorridas no início do século XX – aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do *Corpus juris* – naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais – sob o nome de ‘*usus modernus Pandectarum*’; o direito romano difundiu-se, por outro lado, também nos Países Baixos, nos escandinavos e, ainda que medida muito mais limitada, na própria Inglaterra.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 30.

Isso porque – ainda com Bittar e Almeida – o objetivo principal em se prestigiar a lei escrita era o de “organizar o caos do direito não escrito (natural e consuetudinário) e oferecer ao Estado um instrumento de controle da vida em sociedade”.<sup>18</sup>

Com isso, acreditou-se que o Direito positivado ensejava a segurança de que o cidadão precisava para viver com liberdade e igualdade no Estado moderno. Seus predicados cingiam-se à efetiva organização jurídica do ordenamento, consagrando a segurança decorrente de um sistema de normas expressas e preestabelecidas, dotando de previsibilidade o viver em sociedade.

Apostou-se na aptidão da lei escrita em abarcar todas as circunstâncias da vida em sociedade, bastando, então, a mera subsunção do caso concreto à norma prevista em abstrato. Procedimento quase mecânico, isento, seguro.<sup>19</sup>

Fiel a este entendimento, contando ainda com a experiência revolucionária francesa e a inspiração montesquiana, pregou-se a estrita separação dos poderes do Estado (Administrativo, Legislativo e Judiciário) como forma de garantir a liberdade e a igualdade<sup>20</sup>, ventos esses que sopraram e influenciaram um sem número de ordenamentos pelo mundo.<sup>21</sup>

Neste sentido, oportuno registrar lição de Paulo Nader que sintetiza o pensamento revolucionário francês. Vejamos:

---

<sup>18</sup> Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 371.

<sup>19</sup> “Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 40.

<sup>20</sup> “Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como um propriedade particular, capaz de render frutos pessoais.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

<sup>21</sup> Cf. BEÇAK, Rubens. *O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político*. In: XVII Anais Congresso Nacional do CONPEDI em Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

“A Revolução Francesa, impregnada pela filosofia racionalista, idealizou a elaboração de um código perfeito, conforme a razão e que regulasse todos os fatos e conflitos sociais. Com a promulgação do Código Napoleão, no início do século XIX, a função do juiz ficou reduzida à de mero aplicador de normas; máquina de subsumir, sem qualquer outra tarefa senão a de consultar os artigos do código, inteirar-se da vontade do legislador e aplicá-la aos casos em espécie. Montesquieu já havia afirmado que “no governo republicano, pela natureza de sua constituição, os juízes hão de seguir o texto literal da lei” e Robespierre, na Assembléia de 27 de novembro de 1790, proclamou: “essa palavra jurisprudência dos tribunais, na acepção que tinha no antigo regime nada significa no novo; deve desaparecer de nosso idioma. Em um Estado que conta com uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa que a lei.”<sup>22</sup>

Ocorre, todavia, que o modelo se apoiou em premissas que posteriormente se mostraram deficitárias a comprometer os objetivos pretendidos. Se por um lado era preciso organizar juridicamente o ordenamento, evitando que aquele modelo de juiz abusasse da sua liberdade,<sup>23</sup> por outro lado a sociedade virou refém de um Estado Legislativo onipotente cujos abusos eram ressentidos por todos.

Também a segurança de um sistema de normas escritas, preestabelecidas, ofertou contra-indicações, na forma de um sistema normativo enrijecido e distante das necessidades sociais. E a previsibilidade do Direito de nada adiantava frente à desigualdade de se impor, independentemente das particularidades casuísticas, uma injusta resposta que espelha uma abominável igualdade meramente formal perante a lei.

Há direta ligação destas mazelas com a irresponsabilidade do juiz do modelo positivista, que não assume sua decisão, mas se escuda no formalismo e imperativismo do ordenamento para decidir alheio a um conteúdo valorativo ou objetivo a ser perseguido.

Olvidou-se, talvez, que a concepção de um Legislativo demasiadamente poderoso e de um Judiciário castrado e inteiramente a ele submisso – vale dizer:

---

<sup>22</sup> Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.

<sup>23</sup> “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 40.



meramente boca de uma lei formalista e não valorativa –, seriam o combustível e o comburente necessários para manter acesa a fogueira da aristocracia.<sup>24</sup>

A esse respeito anota Luís Roberto Barroso que “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”.<sup>25</sup>

### 4.3 Pós-positivismo

O fim da Segunda Guerra Mundial é apontado como um marco histórico associado à retomada de valores sociais e democráticos que inspiraram o direito para uma nova conformação. No Brasil, esse marco é estabelecido pelo advento da Constituição Federal de 1988 e o seu conseqüente processo de redemocratização.<sup>26</sup>

O fato é que a ideia do ordenamento jurídico como plasmado no primado da legalidade não mais gozava de aceitação no mundo pós-guerra, uma vez que se voltava a atenção para a busca de valores a serem assegurados mutuamente, o que era incompatível com a estrutura de um Direito dissociado de qualquer conteúdo ético e válido impositivamente apenas pelo seu aspecto formal.

Segundo Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo representa a superação dos modelos puros, inspirados ora no direito natural ora no direito positivo, “por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> “Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados.” BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

<sup>25</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

<sup>26</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

<sup>27</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

Trata-se de um movimento que busca a formação de um modelo com identidade própria, mas a partir dos elementos já experimentos historicamente, e com a nota característica da reinserção de valores a compor o conteúdo do Direito (Direito natural), bem como guardando, ainda assim, respeito ao ordenamento positivo (Direito positivo), que agora se estrutura a partir de um novo paradigma donde retira a sua validade, o constitucional, impregnado de compromissos fundamentais do bom e do justo a serem efetivados.<sup>28</sup>

## 5 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Neoconstitucionalismo é uma expressão que foi tecida no final da década de noventa pelos juristas Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo e Mauro Barberis, membros da escola genovesa de teoria do direito, com o propósito de classificar algumas tendências pós-positivistas da filosofia jurídica contemporânea por estes estudadas criticamente.<sup>29</sup> Trata-se de expressão muito aceita e que, por isso, tem se espalhado pelo mundo.<sup>30-31</sup>

---

<sup>28</sup> Sintetiza Rafael José Nadim de Lazri: “Aqui se verifica a superação da dicotomia entre o direito natural e direito positivo, conciliando os valores ‘justiça’ e ‘segurança jurídica’”. Tradução livre para: “*Aquí se vuelve a la superación de la dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo, conciliando los valores ‘justicia’ y ‘seguridad jurídica’.*” LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reflexiones críticas sobre la viabilidad del “constitucionalismo del futuro” en Brasil*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42. n. 116 (p. 97-115). Medellín: 2012.

<sup>29</sup> Cf. COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://umet.ed.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/neoconstitucionalismo3.pdf>.

Consultado em: 11/12/2012.

<sup>30</sup> “A expressão tem tido muito êxito, bem como tem se multiplicado, na Europa (particularmente na Espanha e Itália) e na América Latina (particularmente na Argentina e no México), os estudos destas tendências e sua comparação com o positivismo jurídico.” Tradução livre para: “*La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica (particularmente en Argentina y México) los estudios de esas tendencias, y su comparación con el positivismo jurídico.*” COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://umet.ed.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/neoconstitucionalismo3.pdf>. Consultado em: 11/12/2012.

<sup>31</sup> Daniel Sarmento excepciona essa afirmação quando diz que a palavra “neoconstitucionalismo” não aparece pronunciada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco é abordada na Alemanha. Mas reforça a sua força expansiva que a trouxe até nós ao pontuar que se trata de conceito formulado na Itália e Espanha e que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos. Cf. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf) Consultado em: 11/12/2012.

O trato acerca do neoconstitucionalismo, porém, pressupõe o processo de constitucionalização do direito iniciado a partir do pós-guerra em países da Europa e com reflexos nos demais continentes.

Segundo Paolo Comanducci, a constitucionalização é um processo que culmina com a saturação do Direito pela Constituição: “um direito constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos”.<sup>32</sup>

Comanducci defende que a constitucionalização se lastreia em, pelo menos, sete aspectos condicionantes, a saber:

“1) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora direitos fundamentais; 2) a garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição (que não é um conjunto de normas “programáticas” mas sim “prescritivas”); 4) a sobre-interpretação da Constituição (se a interpreta extensivamente e dela se deduz princípios implícitos); 5) a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular as relações entre particulares; 6) a interpretação adequada das leis infraconstitucionais; 7) a influência da Constituição sobre o debate político.”<sup>33</sup>

Obviamente não há a pretensão de tratarmos aqui individualmente de cada um desses elementos, dado que demandam um estudo próprio, distinto do que se apresenta. Contudo, o descortinamento destes sete elementos é o que permite reconhecer a possibilidade de se atribuir graus distintos de constitucionalização aos ordenamentos, de modo que quão mais presentes sejam as condições constitucionalizantes, tão maior grau de constitucionalização ostentará o sistema jurídico. Por outras palavras: será um determinado ordenamento jurídico muito ou

---

<sup>32</sup> No original: “*Un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.*” COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://umet.ed.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/neoconstitucionalismo3.pdf>. Consultado em: 11/12/2012.

<sup>33</sup> No original: “*La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales. La garantía jurisdiccional de la Constitución. La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”). La “sobreinterpretación” de la Constitución (se Le interpreta extensivamente y de Ella se deducen principios implícitos). La aplicación de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares. La interpretación adecuada de las leyes. La influencia de la Constitución sobre el debate político.*” COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://umet.ed.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/neoconstitucionalismo3.pdf>. Consultado em: 11/12/2012

pouco constitucionalizado a depender da existência ou não dos elementos constitucionalizantes antes referidos.

Sendo, portanto, o neoconstitucionalismo uma etiqueta elaborada com o movimento de constitucionalização surgido a partir do segundo pós-guerra e, por sua vez, reconhecendo-se neste movimento constitucional diferentes graus de intensidade a depender de dados elementos da estrutura de cada ordenamento jurídico, desde logo há de se reconhecer que careceria a expressão neoconstitucionalismo de uma definição homogênea e estável.

Segundo Daniel Sarmento, corrobora com essa impossibilidade de definição precisa de um conceito para o neoconstitucionalismo a constatação de que os seus adeptos e defensores se valem de pensamentos de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, a exemplo de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino.<sup>34</sup> E pondera Sarmento que talvez por isso mesmo a relevante obra coletiva organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, tratando deste tema, tenha sido batizada de “Neoconstitucionalismo(s)”; revelando, por assim dizer, não existir uma única visão possível acerca do que seja o neoconstitucionalismo.<sup>35-36</sup>

---

<sup>34</sup> Esclarece Sarmento, demonstrando essa diversidade de pensamentos, que “tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito [Robert Alexy e Luis Roberto Barroso] e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica [Lênio Luiz Streck], adeptos do liberalismo político [Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino], comunitaristas [Lênio Luis Streck] e procedimentalistas [Antonio Cavalcanti Maia].” Cf. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf) Consultado em: 11/12/2012.

<sup>35</sup> Segundo Luis Prieto Sanchís a expressão “neoconstitucionalismo” inspira pelo menos três acepções principais, podendo significar uma espécie de Estado de Direito, uma teoria de direito ou, ainda, a ideologia que defende um modelo político: “*Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designado, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella que tería apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.*” Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Universidad Autónoma de Madrid. Disponível em: [www.uam.es/otros/afdam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://www.uam.es/otros/afdam/pdf/5/6900111(201-228).pdf) Consultado em: 15/12/2012.

<sup>36</sup> Neste mesmo sentido registra Humberto Ávila, quando afirma que “a diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de

Porém Susanna Pozzolo registra que, apesar destes jus-filósofos não se reconhecerem dentro de um movimento unitário, das suas argumentações é possível encontrar o uso de algumas noções peculiares que possibilitam que sejam agrupados dentro de uma única corrente.<sup>37</sup>

Isso porque o neoconstitucionalismo trabalha com mudanças paradigmáticas pondo em cotejo variadas questões como: a) princípios e regras; b) ponderação e subsunção; c) Constituição e independência do legislador; d) juízes e liberdade do legislador. Deste modo, fazendo-se necessária a incursão sobre as diferentes teses pós-positivistas acerca da teoria dos princípios, da ponderação de interesses, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais, por exemplo. E de cada uma dessas linhas, embora heterogêneas, se poderia colher valiosas lições em prol de se melhor compreender o atual processo de constitucionalização que deságua no neoconstitucionalismo.<sup>38</sup>

Humberto Ávila expõe com extrema didática os meandros pelos quais se aventura o neoconstitucionalismo, cuja lição se faz oportuna a transcrição:

“As mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios

---

Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Consultado em: 12/12/2012.

<sup>37</sup> Pondera Pozzolo, no original: “*Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, a favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica.*” POZZOLLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Disponível em: <http://bib.cerrantesvirtual.com/servlet/sirveobras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA2Ivol.II.25.pdf> Consultado em: 11/12/2012.

<sup>38</sup> Cf. POZZOLLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Disponível em: <http://bib.cerrantesvirtual.com/servlet/sirveobras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA2Ivol.II.25.pdf> Consultado em: 11/12/2012.

seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação. Nesse quadro, o ponto zero estaria na positivação e na aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras. Da preferência normativa ou teórica por determinado tipo de norma (os princípios) decorreria um método diferente de aplicação (a ponderação), do qual, por sua vez, adviria tanto a preponderância de uma perspectiva distinta de avaliação (individual e concreta), quanto o predomínio de uma dimensão específica da justiça (a particular), os quais, a seu turno, conduziram à dominância de um dos Poderes (o Judiciário) e de uma das fontes (a Constituição). Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.<sup>39</sup>

Portanto, variadas e distintas são as possibilidades e linhas de pesquisa pertinentes ao neoconstitucionalismo, o que inclusive implica na dificuldade (ou até impossibilidade) de se lhe definir conceitualmente, como acabamos de ver.

Contudo, interessa para o presente estudo apenas a constatação de que este intrincado fenômeno neoconstitucionalista, na medida em que redireciona a escala de poder estatal, concentrando-o nas mãos dos juízes e supervalorizando o Poder Judiciário, abre uma perigosa brecha para decisionismos de toda sorte, na medida em que não oferta mecanismo de controle daquele que controla a aplicação e o entendimento que se deve ter acerca da Constituição e das leis infraconstitucionais.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Consultado em: 12/12/2012.

<sup>40</sup> Neste sentido, Susanna Pozzolo: “Se apresenta, ademais, um problema fundamental para o constitucionalismo contemporâneo: quem controla o controlador? [...] A partir do momento em que o juiz é um livre intérprete, inclusive moral, do direito: que garantia tem o cidadão?” No original: “*Se presenta, además, un problema fundamental para el constitucionalismo contemporáneo: ¿quién controla al controlador? [...] Pero desde el momento en que el juez es un libre intérprete, incluso moral, del derecho: ¿qué garantía tiene el ciudadano?*” Cf. POZZOLLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Disponível em: <http://bib.cerrantesvirtual.com/servlet/sirveobras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21vol.II.25.pdf> Consultado em: 11/12/2012.

## 5.1 Especificamente o ativismo judicial

Na esteira do que se apresenta acerca da ascensão da função jurisdicional do Estado, podemos dizer que experimenta o Poder Judiciário atualmente uma postura mais ativa, no sentido de exercer um papel de maior ingerência acerca dos rumos políticos dos Poderes Executivo e Legislativo, o que revela, portanto, um papel mais relevante em termos de fiscalização e controle das suas decisões públicas perante o ordenamento jurídico, agora, recheados por valores do bom e do justo que precisam ser efetivados em prol do interesse público, porém com o risco de atribuição de discricionariedade desregrada ao magistrado no exercício da função jurisdicional do Estado.

Elival da Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como um fenômeno que enseja o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.<sup>41</sup>

Importante notar, então, que o fenômeno ativismo judicial não se confunde com a experiência da judicialização da política, na medida em que esta se caracteriza pela atribuição por parte do legislador ao Poder Judiciário de competência para o exercício atipicamente de parcela das funções específicas atribuídas aos demais poderes (Executivo e Legislativo).

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.<sup>42</sup> No Brasil, deve-se em grande parte ao processo de

---

<sup>41</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>42</sup> “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).”

redemocratização pelo qual passou e cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. Luís Roberto Barroso expõe com peculiar objetividade a essência e importância da redemocratização para a atividade judicial:

“Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”<sup>43</sup>

A concepção do ativismo judicial contradiz a ideia clássica da estrita separação dos poderes, na medida em que propõe ao Poder Judiciário uma postura inclusive fiscalizatória em relação aos demais Poderes Estatais, que deverão se orientar em seu agir segundo preceitos contidos no ordenamento jurídico e que se pretende realizar também nas suas decisões políticas.

Trata-se, também, de uma visão antagônica à postura passiva de uma justiça mais conservadora que, como vimos ao tratar do primado da legalidade, se escondia atrás do argumento da mera aplicação mecanizada da lei formalmente válida, alheio aos anseios sociais do bom e do justo, isto é, distante dos valores a serem efetivados pelo ordenamento jurídico.<sup>44</sup>

---

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Consultado em: 26/10/2012.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Consultado em: 26/10/2012.

<sup>44</sup> É o que Elival da Silva Ramos chamou de “passivismo judiciário”: “O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o *passivismo judiciário*.” Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.



Desta feita, possível identificar que tanto a ascensão da função judicial quanto o ativismo judicial fazem parte deste mesmo movimento decorrente da valorização normativa a partir do estabelecimento do postulado da Supremacia da Constituição e da sua força normativa, desenvolvendo-se mecanismos necessários ao controle dos atos normativos para que se mantenham adequados aos preceitos fundamentais constitucionais.<sup>45</sup>

## 6 A MARCA DA TUTELA JURISDICIONAL NA ATUALIDADE

Acontece que o panorama acima delineado, denotando uma longa trajetória até o reconhecimento da força imperativa da Constituição Federal no ordenamento jurídico e a necessidade de adequação da legislação aos seus preceitos, descreve atualmente um quadro de preocupação com relação à formação da prestação jurisdicional no caso concreto.

É que ao juiz do Direito do modelo de tradição romano-germânica (*civil law*) é assegurada independência para formar sua convicção acerca do ordenamento jurídico que, pretensamente, deveria descrever analítica e detidamente a conduta a ser seguida, o que jamais aconteceu a contento.<sup>46-47</sup>

---

<sup>45</sup> Segundo Daniel Sarmento: No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: possibilidades e riscos. Disponível em: [www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf) Consultado em: 11/12/2012.

<sup>46</sup> Anota Nelson Nery Junior, que “independente é o juiz que julga de acordo com a livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos. Julgará apreciando livremente as provas, mas sua decisão tem de ser fundamentada (CPC 131). Decisão não fundamentada é *nula*, conforme expressa determinação da CF 93 IX”. Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

<sup>47</sup> O vigente Código de Processo Civil adota esta premissa na esteira do que dispõem os arts. 131 e 436: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento. [...] Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

Hoje temos o neoconstitucionalismo, pregando uma Constituição “invasiva” e exigindo do magistrado um exercício de reflexão mais aguda acerca dos valores que precisam ser assegurados no caso concreto sob exame,<sup>48</sup> o que é agravado por um legislador que se vale de técnicas abertas para a redação de leis, implicando na utilização de conceitos jurídicos indeterminados (vagos ou abertos), princípios e cláusulas gerais, carentes de conteúdo a ser preenchido quando da decisão judicial.<sup>49</sup>

Estes fatores conjugados têm causado um desequilíbrio na equação elaborada pela tradição romano-germânica em prol da certeza, previsibilidade e igualdade a serem garantidos pelo ordenamento jurídico; isso quando se acredita que o conteúdo da lei exprime com exatidão a solução para o caso concreto que era simplesmente repassada à decisão, impedindo que o juiz exorbitasse ao seu comando.<sup>50</sup>

O trabalho com uma legislação impregnada por conceitos vagos, indeterminados e abertos, além de cláusulas gerais e princípios constitucionais, ao passo de exigir maior rigor para a fundamentação judicial que deve interpretar e atribuir sentido concreto ao ordenamento, dá azo ao surgimento de múltiplas visões “possíveis” acerca do que estabelece a legislação, importando na comum verificação de decisões diferentes para casos semelhantes.

Abre-se, então, caminho para o fenômeno da “dispersão jurisprudencial”,<sup>51</sup> uma tendência indesejável para o ordenamento que tem o condão de desestabilizar o Direito, proporcionando ao jurisdicionado um cenário de incerteza, surpresa e desigualdade, estimulando, por conseguinte, a litigiosidade.

---

<sup>48</sup> “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

<sup>49</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142-152.

<sup>50</sup> Segundo ensina Luiz Guilherme Marinoni, “a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria lei. O ponto tem enorme relevância. Note-se que o *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais, imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

<sup>51</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

Rodrigo Barioni expõe este problema com bastante lucidez e objetividade na lição que se pede vênua para transcrever:

“A pluralidade de órgãos jurisdicionais, representada pelas diversas esferas de competência do Poder Judiciário, resulta, de maneira inevitável, na ocorrência de desvios e diferenças em relação à interpretação e à aplicação das normas jurídicas. A possibilidade de discrepância interpretativa pode conduzir a estágio patológicos, representados pela completa falta de padronização na aplicação de normas constitucionais e de leis de âmbito nacional, acarretando insegurança e desprestígio da própria atividade judicante. A violação à unidade do direito representa a desorganização do próprio Estado, como poder constituído que tem, dentre outras funções, a de propiciar a paz social. A falta de unidade de aplicação do direito – notadamente do direito substancial – conduz à ampliação dos litígios, uma vez que a resposta a pretensões idênticas pode ser favorável ou não ao demandante, conforme o entendimento do magistrado responsável pelo julgamento da causa. Passa-se a contar com o fator *alea* na aplicação da lei, semelhante a um jogo de azar: o conteúdo da norma é determinado exclusivamente pelo entendimento pessoal do juiz.”<sup>52</sup>

Sendo a certeza, a previsibilidade e a igualdade os objetivos a serem almejados pelo sistema jurídico, afigura-se inconcebível a adoção de decisões divergentes diante de casos semelhantes, o que precisa ser evitado e combatido.<sup>53</sup>

Na imprescindível busca do restabelecimento da segurança e previsibilidade em torno da decisão judicial, a teoria dos precedentes, calcada na experiência inglesa e norte-americana do *stare decisis*, é apontada por respeitável seguimento doutrinário nacional como capaz de emprestar racionalidade e homogeneidade às decisões judiciais, de modo a, com isso, promover o resgate da certeza, previsibilidade e isonomia que se espera sejam garantidos pelo ordenamento jurídico.

Vejamos no próximo capítulo as premissas básicas dessa teoria.

---

<sup>52</sup> Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

<sup>53</sup> Neste sentido assevera Paulo Nader: “A necessidade de a ordem jurídica oferecer a certeza quanto ao Direito vigente, de dar clara definição às normas jurídicas, para melhor orientação de seus destinatários, faz com que a jurisprudência divergente seja considerada um problema a reclamar solução.” Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 178.

## CAPÍTULO III

### A TEORIA DOS PRECEDENTES

#### 7 O PRECEDENTE JUDICIAL

##### 7.1 Considerações gerais

Diferentemente do que se passa com os ordenamentos de tradição romano-germânica (*civil law*), como é o caso do Brasil, em que culturalmente não se preocupa em decidir conforme decisões anteriores, é da tradição anglo-saxônica (*common law*) o costume jurisprudencial.<sup>54</sup>

É dizer, com Tercio Sampaio Ferraz Junior, que:

“O sistema romanístico, assim, em oposição ao anglo-saxônico, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela não-vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões; segundo, cada juiz não se vincula às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente; terceiro, o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes; em suma, vige o princípio (regra estrutural do sistema) da *independência* da magistratura judicial: o juiz deve julgar segundo a lei e conforme sua consciência”.<sup>55</sup>

A tradição jurídica anglo-saxônica (*common law*) é reconhecida por atribuir força vinculante aos precedentes judiciais.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Anota Tercio Sampaio Ferraz Junior que “encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente (*“non exemplis, sed legibus judicandum est”* – *Codex*, 7, 45, 13)”, significando em tradução livre para o vernáculo: “sem exemplos, o juiz decide sobre a lei”. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, p. 210. No mesmo sentido registra René David: “A jurisprudência nos nossos “países de direito escrito” apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: *non exemplis sede legibus judicandum est*, declara o código de Justiniano.” Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 340-341.

<sup>55</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211.

<sup>56</sup> Neste sentido Paulo Nader afiança: “Na Inglaterra a jurisprudência tornou-se obrigatória, com o objetivo de dotar o sistema jurídico de maior definição, pois a fonte vigente, *costumes gerais do Reino*, era incerta e muitas vezes contraditória.” Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 178. No mesmo sentido: “Entende-se que, como os ingleses tradicionalmente não têm lei escrita nem códigos, há necessidade de uma espécie de “cimento”

Remonta ao século XIII, na Inglaterra, o costume de citar casos passados e suas respectivas decisões (*case law*), porém nesta época e nos idos dos séculos que se seguiram imediatos, entendia-se que esta praxe não vinculava os juízes sob aspecto algum, pois era apenas um uso geral.<sup>57</sup>

Desenhando uma evolução gradativa, foi a partir dos séculos XVII e XVIII que as vozes das doutrinas lograram êxito em tornar mais nítido o caráter vinculativo dos precedentes, passando-se a existir ao menos a expectativa de que os juízes levem em consideração as decisões anteriores ao julgar os casos futuros.<sup>58</sup>

Posteriormente, já no século XIX, contando-se com uma estrutura judiciária hierarquizada e, também, com um repertório mais rico de casos, selou-se uma doutrina bem definida acerca da obediência aos precedentes, conhecida por *stare decisis*; expressão do latim e derivada do brocardo “*stare decisis et non quita movere*”, que pode ser entendida por: “está decidido e não se pode mudar”.

René David sintetiza esse caminhar evolutivo da teoria dos precedentes na Inglaterra com peculiar objetividade:

“A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais freqüentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes. A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente. O estabelecimento, pelos *Judicature Acts*, de uma

---

consistente justamente na doutrina do precedente vinculante.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

<sup>57</sup> Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 341.

<sup>58</sup> Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, p. 209.

hierarquia judiciária mais sistemática e o melhoramento da qualidade das compilações jurisprudenciais contribuíram para produzir o mesmo resultado.”<sup>59</sup>

A nota característica da teoria dos precedentes como originada na Inglaterra decorre do fato de se expressar em sua forma mais rígida, impondo-se severamente a sua obediência em prol da necessidade de se preservar a igualdade.<sup>60</sup>

Já nos Estados Unidos da América, país que sabidamente herdou o sistema jurídico de tradição anglo-saxônica (*common law*), onde se faz presente uma Constituição escrita como documento único e rígido – ao contrário da Inglaterra –,<sup>61</sup> o seguimento aos precedentes é mais flexibilizado pela adoção mais comum dos mecanismos para sua superação.<sup>62</sup>

É que nos Estados Unidos da América há a convivência de uma dualidade de jurisdições distintas e autônomas, e organizadas com base em uma hierarquia interna que precisa ser respeitada, tratando-se de uma jurisdição federal e das jurisdições dos Estados Federados. A esse respeito pondera René David:

“Certamente, aspira-se a que o direito assegure a segurança das relações jurídicas e, neste aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Mas é também necessário evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado nos diversos Estados, diferenças irredutíveis; pois isso, é conveniente um enfraquecimento da regra. Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa.

---

<sup>59</sup> Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 341

<sup>60</sup> “Até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido, que a *House of Lords*, órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido, não podia modificar os seus próprios precedentes.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss. No mesmo sentido: Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 342.

<sup>61</sup> “Notar-se-á que não existe, na Inglaterra, Constituição escrita; o que os ingleses chamam Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e que concorrem para limitar o arbítrio das autoridades.” Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 354.

<sup>62</sup> “Existe nos Estados Unidos uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente.” Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 391.

Conforme os casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários do direito jurisprudencial.”<sup>63</sup>

Apesar de diferenças pontuais, mormente relacionadas à estrutura jurídica diversa adotada por Inglaterra e Estados Unidos da América, o que se tem de concreto acerca da teoria dos precedentes (*stare decisis*) é a crença da necessidade de serem observadas e seguidas as decisões anteriores como forma de garantir a certeza, uniformidade e previsibilidade do Direito e, por conseguinte, a organização do Estado Democrático.

Esta consciência tem um apelo cultural muito forte, na medida em que ao se respeitar a decisão judicial anterior (precedente) o juiz sabe que está a um só tempo reconhecendo a autoridade do julgador do passado e outorgando valor à sua própria decisão, que restará fortalecida e com maior probabilidade de ser reafirmada pelas instâncias superiores. Nesta medida, adotar posicionamento diverso do precedente se apresenta anacrônico e sem sentido, pois assim se desacredita o Poder Judiciário cuja palavra não se sustenta firme e coesa; bem como se revela exercício de ato cognitivo inútil, dado que enorme será a probabilidade de sua reforma em superior instância.<sup>64</sup>

Também não se esconde o objetivo do *stare decisis* em respeitar o jurisdicionado e as suas legítimas expectativas acerca do Direito que regula o seu agir em sociedade. Decisões destoantes sobre casos semelhantes fulminam a previsibilidade que se deve guardar acerca do ordenamento jurídico, sob pena de se instaura grave insegurança nas relações sociais. De lado outro, decidir segundo orientação do precedente judicial e em respeito à sua conclusão, além de tornar previsível o resultado das demandas, prestigia a isonomia com que devem ser tratados os jurisdicionados.

Contudo, a crítica que se faz ao *stare decisis* é que este provoca o engessamento do ordenamento jurídico, que ficará impermeável às transformações sociais pela praxe de decidir olhando para o passado, e transforma o juiz em um ente

---

<sup>63</sup> Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 391.

<sup>64</sup> “A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de terminada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”. Cf. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 120-121.

robotizado que se limita a repetir o que já disse os tribunais acerca da matéria posta ao deslinde. Isto é, não teria o juiz no *stare decisis* liberdade para julgar.<sup>65</sup>

Porém a resposta que se colhe do sistema do *stare decisis* é no sentido de que há sim independência do juiz ao julgar, na medida em que o juiz é livre seguir o precedente. A noção de independência do juiz no *stare decisis* conjuga dois elementos indispensáveis, quais sejam: liberdade e responsabilidade.

O juiz é livre para seguir o precedente na medida em que ele tem essa responsabilidade para com os demais órgãos judiciários (certeza), para com o jurisdicionado (previsibilidade) e, também, para com a organização estatal dependente da uniformidade de entendimento e aplicação do Direito (isonomia). Isso implica em dizer que o juiz deve se abster de julgar segundo sua íntima convicção acerca da causa.<sup>66</sup>

Com fincas nesta mesma razão, contudo, uma vez verificado que o precedente não tem aplicação ao caso sob exame, seja porque as circunstâncias fáticas não correspondem, seja porque o debate atual contempla argumento ignorado no precedente, ou, ainda, seja porque agora se entende que o precedente está equivocados, deve o juiz promover a diferenciação de casos (*distinguishing*), para indicar a não incidência do precedente, ou, de outra forma, justificar a sua superação (*overruling*).<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Cf. PEREIRA, Celso de Tarso. “Common law” e “case law”. In: Revista dos Tribunais, Vol. 638. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 69 e ss.

<sup>66</sup> Lenio Luiz Streck critica fortemente a postura de se decidir segundo a convicção do órgão julgador, o que chama de solipsismo judicial, quando diz que: “Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artificios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina).” E acrescenta: “Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 105-106. Cf. também: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>67</sup> “No sistema americano, então, a força do precedente existe, porém em menor grau: os tribunais americanos aplicam o precedente com maior discricção, que é – por assim dizer- quando não haja razões para afastá-lo.” No original: “*Nel sistema americano, poi, la forza del precedente esiste, ma in grado minore: il giudici americani applicano i precedenti con grande discrezionalità, ossia - per così dire - quando non trovano ragioni sufficienti per non farlo.*” Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e*



Ora, aplicar o precedente onde não se vislumbra a similitude capaz de justificá-lo importaria em por em dúvida tanto o que se decidiu no passado quando o que se decide no presente (incerteza), bem como surpreenderia os jurisdicionados com solução não esperada para o caso (imprevisibilidade) e, por fim, usurparia do Direito uma das suas principais bandeiras, a garantia da igualdade (desigualdade).

Com isso parece claro que o *stare decisis*, ao contrário do que possa parecer, não prega a imutabilidade do Direito e a dependência do juiz.<sup>68</sup> O que se propõe é a certeza, previsibilidade e isonomia na aplicação do Direito, por meio da força dos precedentes. A necessidade de preservação da certeza, previsibilidade e isonomia é que, em última análise, determina a vinculação do precedente ou não.

No que tange à oportunidade de utilização da teoria dos precedentes (*stare decisis*), proveniente do sistema de tradição anglo-saxônica (*common law*), em sistemas de tradição romano-germânica (*civil law*), como é o caso do Brasil, importante notar que a utilização referencial ao costume jurisprudencial há muito é uma constante para os operadores do direito, mormente magistrados, advogados e membros do Ministério Público, sendo referida também pela doutrina e pelos próprios tribunais, visando exprimir o real significado do Direito. Trata-se de circunstância notória.

Destarte, importante notar que não resta mais autorizada a alusão a *common law* e *civil law* como sistemas absolutamente opostos e, sobretudo, inconciliáveis, pois “a verdade é que hoje existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos

---

*giurisprudenza*. In: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.

<sup>68</sup> “O sistema do *stare decisis*, ao mesmo tempo em que restringe o poder dos juízes, concede a eles ainda maior controle sobre a interpretação e aplicação das leis. É que, por um lado, tal princípio restringe a discricionariedade judicial, na medida em que geralmente estipula que um determinado Tribunal é obrigado a seguir os princípios e regras estabelecidos em casos anteriores. Todavia, por outro lado, a importante função do precedente nos casos subsequentes implica uma responsabilidade especial: a tendência das Cortes de seguirem as decisões anteriores garante aos Tribunais o poder de confiar aos futuros juízes os princípios estabelecidos naquele sentido. Assim sendo, conquanto em determinadas situações os juízes podem estar limitados pela operação do *stare decisis*, não se pode perder de vista que tal operação também outorga ao Judiciário um poder enorme de influência sobre o futuro no que se refere aos casos ainda não decididos.” Cf. FINE, Toni M. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norteamericano*. Revista dos Tribunais, Vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

processuais e, sobretudo, variadas experiências de reforma que não podem ser consideradas em termos genéricos”.<sup>69</sup>

A anotação que pode ser feita, em termos de teoria dos precedentes em comparação com os sistemas do *common law* e *civil law*, que ainda resta autorizada e sem olvidar que o momento é de franca evolução e fusão de experiências entre tais sistemas, por certo têm mais a ver com o uso que dele se faz. Enquanto no *civil law* se reduz o precedente a mera alusão à jurisprudência – por razão cultural e principalmente falta de *know-how* – no *common law* há a peculiaridade de utilização do precedente como se lei escrita fosse, isso em áreas não realmente codificadas.<sup>70</sup>

## 7.2 Conceito de precedente

Charles D. Cole, analisando a experiência americana com o *stare decisis*, define o precedente como “a regra de direito usada por uma Corte de segunda instância no sistema judiciário em que o caso está para ser decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão colocada para a Corte para decisão”.<sup>71</sup> Esta é, com efeito, uma

---

<sup>69</sup> Cf. TARUFFO, Michele. *Icebergs de common law e civil law? macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verdade*. In: Temas atuais de direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Organizadores: Francisco Vieira Lima Neto, Gilberto Fachetti Silvestre, Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 669.

<sup>70</sup> Neste sentido, confira-se Michele Taruffo: “Em primeiro lugar, destaca-se a grande importância que o uso da jurisprudência e do precedente desempenha na vida do direito de todos os ordenamentos jurídicos modernos. Estudos realizados em vários sistemas legais têm mostrado que a referência ao precedente há tempos já não é uma característica peculiar do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, incluindo de *civil law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual o *common law* se fundamenta no precedente, enquanto que o *civil law* se baseia em lei escrita já não - se é que realmente tinha no passado – faz sentido algum. Por um lado, de fato, em sistemas de *civil law* se faz seu amplo uso como jurisprudência, enquanto que nos sistemas de *common law* são amplamente utilizados como lei escrita em áreas inteiras destes sistemas - direito comercial, direito processual - não realmente “codificada”. No original: “*Va anzitutto sottolineata la grande importanza che l'impiego del precedente della giurisprudenza riveste nella vita del diritto di tutti gli ordinamenti moderni. Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di common law, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di civil law. Quindi la distinzione tradizionale secondo la quale i primi sarebbero fondati sul precedente, mentre i secondi sarebbero fondati sulla legge scritta non ha più - ammesso che davvero l'abbia avuto in passato - alcun valor descrittivo. Da un lato, invero, nei sistemi di civil law si fa ampio uso del riferimento all giurisprudenza, mentre nei sistemi di common law si fa ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti - dal diritto commerciale al diritto processuale - no in realtà "codificate"*.” Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. In: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.

<sup>71</sup> COLE, Charles D. *Precedente judicial: a experiência americana*. RePro n.º 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 71 ss.

definição possível que denota a utilidade prática do precedente, porém não o seu conceito.

Precedente não é sinônimo de decisão judicial, enquanto esta é vista apenas no seu aspecto formal, ou seja, vista como mero provimento emanado de órgão investido legalmente de jurisdição. Por certo o precedente pressupõe uma decisão judicial, porém “nem toda decisão constitui precedente”.<sup>72</sup>

É que o precedente encerra decisão que ostenta características para se firmar como paradigma a orientar julgadores e jurisdicionados, características essas que se encontram no conteúdo material da própria decisão e que tem aptidão para produzir efeitos externamente a ela.

O precedente constitui decisão, necessariamente, acerca de questão de direito (*point of law*), não havendo que se falar em precedente quando a análise do *decisum* se voltar apenas para afastar crise de incerteza sobre matéria de fato. Também não atende ao que se compreende por precedente a decisão que, embora enfrente pontos de direito, se limita a anunciar o que está escrito na lei, pois se espera que haja o exercício da interpretação da norma legal. Na mesma esteira, então, a decisão que cuida apenas de reafirmar o que restou definido em julgamento anterior, também não ostenta o predicado da interpretação da norma legal, também na enseja precedente.<sup>73-74</sup>

A fixação do precedente exige que sejam abordados todos os principais aspectos envolvendo a questão de direito posta sob análise, preferencialmente sem a exclusão, consciente ou não, de nenhum deles.<sup>75</sup> Com isso é possível reconhecer no precedente uma certa originalidade na fixação da tese jurídica acerca da questão de direito, que, por outro lado, não importa que se trate da primeira ou única decisão sobre o tema julgado, como também não se exige que necessariamente provenha da reiteração

---

<sup>72</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

<sup>73</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

<sup>74</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier tempera essa assertiva com a seguinte colocação: “Entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz sobre o direito e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

<sup>75</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

de julgados ou que se trate do último julgado, do mais recente.<sup>76</sup> A verdade é que o aspecto quantitativo não interessa, mas sim a qualidade da decisão.<sup>77</sup>

Convém advertir, ainda, que enunciado de súmula não é precedente. É linguagem acerca de um conjunto de decisões. É, portanto, metalinguagem sobre aquilo que viria a ser a *ratio decidendi* dos precedentes que originaram o enunciado da súmula.<sup>78</sup> Porém a *ratio decidendi* é extraída a partir da fundamentação contida no precedente, não prescindindo da análise das suas circunstâncias e elementos lá descritos. O ato de forjar um enunciado, com efeito, elimina as circunstâncias e elementos do caso julgado que não mais serão acessados pelo julgador que aplica o seu enunciado. Portanto, se o enunciado da súmula tem o condão de afastar a *ratio decidendi*, o precedente, que por sua vez contém a *ratio decidendi*, que é o que há de vinculante, não pode estar ou ser o enunciado de súmula.

Com isso podemos dizer que precedente é a decisão judicial que, não se limitando a repetir texto de norma ou de julgado anterior, efetivamente interpreta o direito e elabora a tese jurídica de maneira clara e bem definida, mediante o

---

<sup>76</sup> Michele Taruffo, na esteira desse argumento, diferencia precedente de jurisprudência aludindo que quando se fala em precedente, se refere a uma decisão relativa a um caso particular, já quando se fala em jurisprudência se está referindo a uma pluralidade ampla de decisões, relativas a vários e distintos casos concretos. No original: “*Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad una pluralità, spesso assai ampia, di decisionii relative a vari e diversi casi concreti.*” Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. In: Estudos en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.

<sup>77</sup> Gustavo Santana Nogueira deixa claro que para a eficácia do precedente é irrelevante a sua reiteração ou não, na seguinte lição que pela importância dos exemplos utilizados vale a transcrição: “É a base do sistema jurídico de países que integram a família do *common law*, como a Inglaterra, Canadá, África do Sul, Austrália e, obviamente, os Estados Unidos da América e basicamente o que prega a doutrina é o respeito ao precedente, seja ele reiterado ou não. Quando a suprema Corte americana, ao julgar um caso concreto, manifesta-se acerca da interpretação do texto constitucional, não é necessário que outros pronunciamentos no mesmo sentido sejam prolatados para que Tribunais Federais inferiores e a própria Suprema Corte se sintam vinculados a ele (*precedent in point*). Como sabido, os Estados Unidos não conhecem um sistema de controle de constitucionalidade concentrado como o nosso, pois basta a eles a existência de um controle difuso, que ganha contornos de controle concentrado (eficácia *erga omnes* e efeito vinculante) graças ao *stare decisis*. Mundialmente famosa é a decisão prolatada pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803 (nos primórdios da existência da Suprema Corte), quando o Chief Justice (Presidente) John Marshall pregou a supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias, princípio até hoje aplicável tanto lá quanto cá. Foi necessário reiterar o pronunciamento? Não, até porque semelhante pronunciamento, afirmando a supremacia da Constituição e declarando a inconstitucionalidade de uma lei, só ocorreu 54 anos depois, em 1857, no célebre *Scott vs. Sandford*. Houve uma ação direta de inconstitucionalidade? Não, até porque os Estados Unidos só conhecem o controle difuso de constitucionalidade, como dito acima. Nada disso foi necessário e até hoje o precedente é respeitado e citado.” Cf. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro*. RePro n.º 161. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 101 e ss.

<sup>78</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

enfrentamento de todos os principais argumentos e fundamentos para a questão de direito versada, atraindo, por isso, status de solução paradigmática.

### 7.3 Conceitos para compreensão, identificação e superação de precedentes

Como visto, para a exata compreensão do que encerra um precedente judicial não se prescindiu da alusão aos elementos que o compõem, quais sejam, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Completa-se o sentido do precedente judicial a análise dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* que se seguirá, bem como orienta a sua aplicação os conceitos de *distinguishing* e *overruling*, também abordados a seguir.

#### 7.3.1 “*Ratio decidendi*” e “*obiter dictum*”

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, o precedente é formado por duas partes distintas, a saber: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.”<sup>79</sup>

Michele Taruffo, por sua vez, nos aponta que a doutrina do precedente distingue a *ratio decidendi*, que seria a regra de direito que está na base do fundamento da decisão acerca do caso concreto, e *obiter dictum*, que seriam todas as afirmações e argumentos que estão contidas no julgamento, mas que, embora possam ter utilidade para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não representam uma parte integrante da base jurídica da decisão.<sup>80</sup>

É para o fundamento da decisão, então, que se deve olhar com o propósito de recolher a razão de sua solução para a questão jurídica que se lhe apresentou para o

---

<sup>79</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>80</sup> No original: “*In proposito la dottrina del precedente distingue tra ratio decidendi, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e obiter dictum, ossia tutte quella affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.*” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. In: Estudos en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.

deslinde. É na fundamentação da sentença ou acórdão, portanto, que se encontra a tese jurídica elaborada para o caso julgado. E é esta tese jurídica, a essência da decisão, que corresponde ao que se denomina *ratio decidendi*, expressão que, em verdade, não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil.<sup>81-82</sup>

A compreensão do que seja *obiter dictum*, por sua vez, decorre do exercício de uma lógica inversa, a asseverar que tudo que não enseja *ratio decidendi*, *obiter dictum* será. Assim, a definição do que enseja *obiter dictum* será residual em relação à *ratio decidendi*.

Apesar de constar da fundamentação da decisão, é preciso deixar claro que com ela não se confunde, haja vista que a *ratio decidendi*, com efeito, é um *plus* à decisão que, a par de ser colhido na sua fundamentação, precisa ser elaborada a partir dos demais elementos da decisão: relatório e dispositivo.<sup>83</sup>

A *ratio decidendi* é o que goza de eficácia vinculante ou efeito obrigatório (*binding effect*) dentro da teoria dos precedentes (*stare decisis*), não o precedente em si mesmo considerado. Por isso mesmo a definição do que enseja *ratio decidendi* tem tanta importância no *stare decisis*, embora até hoje não se tenha um consenso sobre um método capaz de permitir a sua definição.

Apesar disso, duas técnicas sugeridas pela doutrina guardam relevância para registro nesta pesquisa; tratam-se das elaborações de Eugene Wambaugh e Arthur L. Goodhart.

Propôs Wambaugh que a *ratio decidendi* seria evidenciada a partir de um teste simples, consistente na inversão de uma das proposições contidas na decisão,

---

<sup>81</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

<sup>82</sup> “A *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*).” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

<sup>83</sup> “A *ratio decidendi*, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados “requisitos da sentença”, ela certamente é “algo mais”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, Vol. 918. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 351 e ss.

promovendo-se, em seguida, o questionamento de se diante da nova proposição (negativa/invertida) o tribunal manteria o mesmo resultado para a decisão. Com isso se pretendia afirmar que a *ratio decidendi* seria a regra sem a qual o caso deveria ter sido decidido de maneira diversa. Se invertida a proposição e julgado da mesma maneira, a proposição testada seria *obiter dictum*, não *ratio decidendi*. Ocorre que esta elaboração ignorou a possibilidade de se terem mais de um fundamento determinante na decisão, o que levaria à frustração do teste, pois sempre que se invertesse o sentido de uma das proposições, a outra seria bastante para manter a decisão no mesmo sentido, revelando o falso resultado de se tratarem, ambas proposições, de *obiter dictum*, não de *ratio decidendi*.<sup>84</sup>

Neste passo convém alertar que nada impede que um precedente contenha mais de uma *ratio decidendi*, por estar atrelada a uma multiplicidade de pedidos e circunstâncias que ensejem elaboração de teses jurídicas que conduzam a soluções dispostas na decisão.

Goodhart, por sua vez, preferiu voltar a atenção para os fatos levados em consideração ao decidir, de modo que os qualificou como materiais ou fundamentais aqueles selecionados pelo julgador como relevantes para a decisão. Goodhart, com isso, se apóia no princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira (*trat like cases alike*). A dificuldade é grande em torno da definição da *ratio decidendi*, tratada por Goodhart como *principle of a case*, levando-se em consideração os fatos da causa. Luiz Guilherme Marinoni tentando se desincumbir do mister de apresentar a teoria de Goodhart, expõe que este se valeu de exemplos em sua obra para denotar o que elaborara, e arrematou com o seguinte:

“A dificuldade, nestes casos, é saber se o tribunal considerou, ou não, o fato como imaterial. É o que ocorre quando a Corte, depois de ter definido todos os fatos do caso, identifica um pequeno número de fatos para fundamentar a sua decisão. Os fatos omitidos presumivelmente são imateriais. Goodhart explica através de exemplo, servindo-se do caso *Rylands v. Fletcher*.

Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando prejuízos.

---

<sup>84</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225.

Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como “fatos do caso”: i) *B* tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por *B* para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou *A*. Foram considerados como “fatos materiais: i) *B* tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou *A*. Anota Goodhart que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerada como fato imaterial. Se a Corte não considerou a negligência do empreiteiro, não houve responsabilização de *B* pela negligência do seu contratado, mas instituição da doutrina da “*absolute liability*” (responsabilidade objetiva).”<sup>85</sup>

A tarefa de buscar a evidenciação da *ratio decidendi* segundo a elaboração de Goodhart, de fato, se revela intrincada. E a sua maior ou menor dificuldade será constatada diante do caso concreto. Porém o que fica de sólido destas duas elaborações é a certeza de que se mostra imprescindível investigar e definir os fatos da decisão e o seu resultado, com o propósito de compreender as razões que embasaram a conclusão, sob pena de não ser possível a inserir o caso pendente de julgamento na moldura do precedente.<sup>86</sup>

Um último aspecto a ser tratado no que tange à identificação da *ratio decidendi* e, por exclusão, do *obiter dictum*, diz respeito ao questionamento de se quem define a *ratio decidendi* é o órgão que no passado julgou o precedente ou aquele que está a dele para ser valer em julgamento presente. Para se evitar o inconveniente de se supor que quem define o precedente é a corte que julga no presente da demanda pendente de solução, dando a entender que haveria retroatividade da regra de julgamento que afetaria fatos passados, reconhece-se que o precedente existe desde o

---

<sup>85</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 226-227.

<sup>86</sup> “Essa distinção pode ser difícil na prática, mas é fundamental para se compreender que só através de referência direta aos fatos do caso é que se pode determinar o que enseja a razão jurídica efetiva da decisão judicial, ou seja, a *ratio* que guarda eficácia de precedente. *Obiter dicta* não têm eficácia, e não deve ser invocada como precedente para a decisão de casos futuros, pois não influenciou na decisão do caso anterior.” No original: “*Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la ratio che soltanto può avere efficacia di precedente. Gli obiter dicta non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore.*” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. In: Estudos en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.



momento do julgamento paradigma, cumprindo ao órgão julgador subsequente compreender e revelá-lo, apenas.<sup>87-88</sup>

### 7.3.2 “Distinguishing”

A noção de aplicação de tese anteriormente sedimentada sobre um caso concreto, em face de casos semelhantes que no futuro merecerem enfrentamento sob o ponto de vista das mesmas questões anteriormente levantadas no julgado paradigma, por óbvio já suscita a imperiosa necessidade de saber se, de fato, o precedente empresta a moldura adequada para acomodar a decisão no caso pendente de apreciação.

Esta é a função do *distinguishing*, que se presta a oferecer uma diferenciação ou distinção de casos, técnica essa que não prescinde da efetiva e adequada fundamentação por parte do órgão julgador, na medida em que o *distinguishing* não se presta como subterfúgio a maquiagem desobediência ao precedente.<sup>89</sup>

Considerando que nem todos os fatos tratados no precedente encerram a base fática sobre a qual se sustenta a tese jurídica firmada como fundamentos essencial da decisão, forçoso concluir que a identificação da *ratio decidendi* é o primeiro passo para se verificar se o precedente tem ou não aplicação do caso pendente de julgamento.<sup>90</sup>

Feito isso, ter-se-á por possível a verificação, em cotejo, da similitude entre os casos paradigma e paragonado, de modo que o *distinguishing* sempre será uma declaração negativa no sentido de não ser aplicável o precedente ao caso sob

---

<sup>87</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, Vol. 918. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 351 e ss.

<sup>88</sup> “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraíndo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

<sup>89</sup> “A complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

<sup>90</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 329.

juízo. Convém dizer, porém, que a verificação do *distinguishing* em nada afeta o precedente e sua eficácia, pois a declaração negativa apenas expõe a incompatibilidade de fática de comparar os casos paradigma e paragonado, não se dirigindo ao aspecto técnico-jurídico da *ratio decidendi* sedimentada.

### 7.3.3 “Overruling”

O *overruling* é a expressão no *common law* de exigência do moderno direito, que não admite o engessamento das regras de julgamento a ponto de comprometer a regulação da sociedade que, sabidamente, está exposta a mutações culturais, políticas, sociais e econômicas verificáveis no tempo. Trata-se da possibilidade de revogação ou superação do precedente quando este não mais se revelar idôneo.

Melvin Eisenberg, citado por Marinoni, situa que a revogação deve se basear em, pelo menos, dois elementos essenciais: a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica.<sup>91</sup>

Assim, entende-se que “um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”.<sup>92</sup> É pensar que o precedente contém *ratio decidendi* que, se aplicada, em dada realidade social, ensejar decisão que afrontará as premissas básicas aceitas socialmente em termos de certo ou errado, lícito ou ilícito, bom ou mau.

A inconsistência sistêmica, por sua vez, resta evidenciada quando o precedente deixa de guardar coerência com as demais decisões e o próprio sistema passa a denotar a rejeição da tese jurídica que revela proposições sociais incongruentes. Aqui

---

<sup>91</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 393.

<sup>92</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 392.

embora a adoção do precedente gere decisões compatíveis com o preconizado no precedente, os seus fundamentos se revelam incongruentes socialmente.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 392.

## CAPÍTULO IV

### O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

#### 8 INTRODUZINDO A QUESTÃO DO CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

##### 8.1 Considerações gerais sobre a impugnação das decisões judiciais

Neste cenário de neoconstitucionalismo e valorização do precedente judicial, cresce ainda mais em importância o controle das decisões judiciais, na medida em que o ordenamento não poderia descuidar de prever mecanismos aptos a propiciar a fiscalização, pelo interessado legitimado, da forma e do conteúdo da tutela jurisdicional porventura exercida.

A ascensão da função jurisdicional é fator revelador da atribuição de maior liberdade ao decidir, o que corresponde a um poder que chama para si alto grau de responsabilidade e desperta grande importância não só para as partes litigantes mas também para toda a sociedade, a desafiar meios adequados de controle. Assim, para o controle das decisões judiciais o nosso ordenamento jurídico põe a disposição os recursos e os meios autônomos de impugnação, que encerram as duas classes fundamentais de remédios processuais.<sup>94-95</sup>

Esta previsão de meios de impugnação das decisões judiciais, assevera José Carlos Barbosa Moreira, é preocupação que há tempos muito remotos ocupa as legislações mundo a fora.<sup>96</sup>

---

94 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 220-232 (n. 134).

95 Cheim Jorge, em nota de rodapé de sua Teoria Geral dos Recursos Cíveis registra que “não se pode deixar de olvidar que existem alguns incidentes processuais, tais como a Reclamação Constitucional e a Suspensão de Segurança, que, apesar de não se confundirem com os meios de impugnação, pois não possuem idêntica finalidade, acabam por propiciarem o mesmo resultado.” Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29 (n. 6).

96 “As raízes históricas de semelhante esquema arrancam principalmente do direito medieval, embora não se deva olvidar certos antecedentes mais remotos: com efeito, na Roma antiga, ao lado da *appellatio*, protótipo dos recursos, floresceu a *restitutio in integrum*, em que se podem identificar traços assimiláveis

Barbosa Moreira, embora acertadamente não se convença da essencialidade deste critério distintivo, anota que é costumeira a indicação da circunstância de que as ações autônomas de impugnação se dirigem em face de decisões judiciais já transitadas em julgado, enquanto que os recursos seriam remédios exercitáveis apenas quando ainda não operada a coisa julgada, mas com o propósito também de impedir a sua ocorrência.<sup>97-98</sup>

Já José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier consideram que a nota característica a distinguir essas espécies de remédios processuais orbita entorno do critério da deflagração ou não de nova relação jurídica processual. Desse modo, o que caracterizam os recursos, além da circunstância de não serem manejados quando já houver o trânsito em julgado, “é o fato de serem exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada”.<sup>99</sup>

Por consectário lógico, então, temos que as ações autônomas se caracterizam pela razão inversa daquela que caracterizam os recursos, ou seja, porque dão ensejo à formação de nova relação jurídica processual, distinta daquela na qual foi proferida a decisão impugnada.<sup>100</sup>

O mais emblemático meio autônomo de impugnação encontrado na doutrina é, sem dúvida, a ação rescisória (art. 485, CPC), seguido do mandado de segurança contra ato judicial e da *querela nullitatis insanabilis*, só para ficar com estes exemplos.

---

aos das modernas ações impugnativas.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 230.

97 “Não nos parece, entretanto, que se possa de lege lata, fazer repousar na presença ou na ausência dessa circunstância o critério essencial da diferenciação entre ações impugnativas e recursos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 231.

98 José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier esclarecem, ratificando a desconfiança de Barbosa Moreira, que há “ações autônomas de impugnação que podem ser ajuizadas contra atos judiciais oriundos de processos que ainda não se findaram. É o que ocorre, por exemplo, com a ação anulatória (art. 486) ou com o mandado de segurança contra ato judicial.” Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

99 Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

100 Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

Até mesmo porque este não é o objeto deste trabalho que se ocupa de recursos e, em caráter específico, do recurso especial.

Seguiremos adiante, então, com a sedimentação do conceito de recurso.

## 8.2 Conceito de recuso

A correspondência entre recurso e duplo grau de jurisdição, que por vezes gera a falsa noção de identidade entre eles, tem nascedouro já nas razões apresentadas pela doutrina como justificadoras da existência de ambos.<sup>101</sup> Por isso, acreditamos que a exposição do conceito de recurso não prescinde da sua análise em cotejo ao que se entende por duplo grau de jurisdição.

Diz-se que tanto o recurso como o duplo grau de jurisdição nascem de fatores de ordem psicológica, humana e política. A insatisfação com o não, seria o fator psicológico a exigir, tanto o recurso como o duplo grau de jurisdição, como remédios úteis a conformar o espírito. A possibilidade de erro do julgador, como fator humano consubstanciado nos riscos de equívoco (ignorância), injunção (coação) ou corrupção (má-fé), demandariam o recurso e o duplo grau de jurisdição com vista a possibilitar maiores chances de acerto da prestação jurisdicional. Já o fator político, encerra a necessidade de controle da atividade jurisdicional, o que se viabilizaria através do recurso e também do duplo grau de jurisdição, concorrendo para evitar que o julgador se transforme em um déspota e, ao contrário, aprimore-se e estude com o estímulo de que suas decisões podem ser revistas pela instância superior.<sup>102</sup>

Apesar destes pontos tangenciáveis entre o recurso e o duplo grau de jurisdição, Flávio Cheim Jorge, com objetividade e clareza peculiar, assevera que “as características fundamentais dos recursos são a voluntariedade e a obtenção do novo

---

101 Neste sentido, JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 211.

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

juízo por parte do Judiciário (devolução), sem que esteja relacionado a graus de jurisdição distintos”.<sup>103</sup>

Com isso, possível afirmar que traduz a essência do recurso o seu objetivo de reexame da matéria, dispensado, em absoluto, o exame da questão por um órgão hierarquicamente superior.<sup>104</sup> Para selar esta conclusão, basta referir ao recurso de embargos de declaração (arts. 535 a 538, CPC), exemplo típico de remédio impugnativo dirigido ao próprio órgão prolator da decisão objurgada, não havendo qualquer discussão sobre sua natureza recursal.

Portanto, resta evidente que perfeita identidade entre recurso e duplo grau de jurisdição não há, sendo claramente possível haver recurso sem que isso implique na constatação de que se operou, também, o duplo grau de jurisdição. Embora, vale dizer, a recíproca não seja verdadeira, uma vez que para a realização do duplo grau de jurisdição imprescindível é a impugnação da decisão por meio de recurso.<sup>105</sup>

As características da voluntariedade e da obtenção de novo julgamento, por sua vez, têm o condão de distinguir o recurso das hipóteses de remessa necessária e de impugnação da decisão por meios autônomos.

É pressuposto lógico da idéia de novo julgamento, que tenha havido um primeiro julgamento da demanda posta em juízo. E que desse primeiro julgamento se possa apresentar impugnação a qual fomentará um segundo julgamento, cuja decisão deve ter aptidão para substituir a anteriormente proferida.

A verificação da existência ou não de dois julgamentos decorre da condição de validade jurídica da primeira decisão proferida (eficácia), de modo que, se não

---

103 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

104 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213. No mesmo sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 80.

105 Cf. SANTANA, Felipe Teles. *O duplo grau de jurisdição como diretriz de política judiciária e o direito processual civil brasileiro*. In: Anais XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 12394-12418.

impugnada, deveria esta guardar idoneidade para se tornar definitiva e ser acobertada pela autoridade da coisa julgada.<sup>106</sup>

Inexistindo na primeira decisão essa condição de validade, capaz de lhe proporcionar a idoneidade esperada, forçoso concluir que a sua impugnação não servirá a fomentar um segundo julgamento, mas sim o seu único julgamento; este por sua vez decomposto em uma fase vestibular e outra confirmatória.

Note-se que a ausência de validade (aptidão para se tornar eficaz) da primeira decisão é que afasta a possibilidade de verificação da dualidade de julgamentos. É o que ocorre, por exemplo, com o sistema da *doppia conforme* do direito canônico, onde há verdadeira necessidade de impugnação da decisão primeira como condição inafastável para se garantir a eficácia da sentença. Neste sistema, como ensina Laspro, a impugnação se revela prerrogativa do Estado que entende indispensável compor definitivamente a contenda com duas decisões no mesmo sentido, ainda que se exija um terceiro exame da demanda, na hipótese dos dois primeiros exames restarem antagônicos.<sup>107</sup>

Olhando para o art. 475 do Código de Processo Civil, vemos que o que nele está previsto não é um recurso, portanto, mas sim uma mera hipótese de reexame necessário, dado que carece de voluntariedade e de proporcionar um novo julgamento.

O fato é que nas hipóteses contempladas no art. 475 do Código de Processo Civil, além de ser dispensada a iniciativa voluntária da parte interessada, não haverá propriamente novo julgamento, mas sim verdadeiro único julgamento, cindido em uma fase preliminar e outra confirmatória, sem a qual a decisão proferida não terá aptidão a produzir efeitos, algo semelhante ao que ocorre com *doppia conforme* do direito canônico. Trata-se, portanto, de mero reexame necessário, que não pode ser confundido com recurso.

---

106 “A eficácia de coisa julgada é a eficácia da sentença de que não mais se pode recorrer, seja qual for o recurso, ordinário ou extraordinário. [...] O conteúdo da sentença é a res iudicata. Houve o julgamento, razão por se ter a res como julgada. Se ainda há recurso, a sentença está sujeita a reexame da res, de modo que não transita em julgado.” MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 104.

107 LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.



Já no que tange a natureza substitutiva da decisão emanada do segundo julgamento, importante dizer que esta não o desnatura como tal. Ao contrário, a natureza substitutiva da segunda decisão é uma exigência do ordenamento jurídico que precisa neutralizar a eficácia potencial da primeira decisão.<sup>108</sup> Vale dizer, quando se tratar, por exemplo, de impugnação parcial, a sentença objurgada será substituída apenas nesta parte, preservando sua eficácia quanto ao mais.

Neste passo, possível afirmar, também, que a verificação deste elemento exige, ainda, que a impugnação não seja levada a efeito por via autônoma<sup>109</sup>, isto é, que o inconformismo seja apresentado e processado dentro da mesma relação processual, no âmbito da qual seria possível falar em dualidade de julgamentos e substitutividade de decisões.

Registra-se, ainda, que apesar de se falar em novo julgamento (*novum iudicium*), este não pode ser confundido com o que ocorre no sistema do *ius novorum*, que encerra a possibilidade de se deduzir, em sede recursal, questões não propostas perante o órgão competente para o primeiro julgamento. No novo julgamento, ao contrário, a preclusão afasta a possibilidade de as partes suprirem, na fase recursal, eventual deficiência de sua atividade postulatória.<sup>110</sup>

Logo, podemos conceituar recurso como sendo o meio previsto em lei de voluntariamente impugnar decisão judicial, dentro da mesma relação jurídico processual, por aqueles que possuem legitimidade para tanto, com o propósito de obter novo julgamento que reforme, invalide, esclareça ou integre julgamento anterior, sendo dispensável o reexame por órgão de superioridade hierárquica em relação ao juízo originário.

---

108 “A substituição decorre do fato de que a interposição do recurso, inserto na mesma linha processual em que se der o julgado recorrido, não quebra a unidade do processo, sendo inadmissível, portanto, que nele coexistam duas decisões.” BERMUDEZ, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 119.

109 “[...] recurso é um remédio dentro da mesma relação processual que dispõem a parte, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial.” JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

110 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 453.

## 9 O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS POR MEIO DOS RECURSOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

### 9.1 A garantia constitucional dos recursos: celeridade e segurança

Com a concepção de recursos para realização do controle das decisões judiciais, oferece-se um leque de opções que potencialmente servirão ao prolongamento da existência da situação de pendência de demandas em curso; fator esse considerado pernicioso para a efetividade da prestação jurisdicional que, quando tardia, por vezes equivale à negativa de tutela.

De outro modo não se ignora que a atividade judicial, porque exercida por homens, sujeita está ao erro; razão essencial e suficiente que sustenta a imprescindibilidade da existência dos recursos.

Temos, então, o conflituoso arranjo de valores que envolve a consagração dos recursos como meios de controle das decisões judiciais: celeridade vs. segurança. Barbosa Moreira lida com peculiar acuidade em trecho que nos rendemos à transcrição:

À conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos um via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quais quer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade do erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso.<sup>111</sup>

---

111 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 228.

Observa Moacyr Amaral Santos que objeções “à recorribilidade das decisões foram insistentes em outras épocas e ainda hoje, de quando em quando, se fazem ouvir. O sistema terá seus defeitos, mas que são superados por inequívocas vantagens”.<sup>112</sup> Já Flávio Cheim Jorge é categórico ao afirmar que “há prejuízo maior na permanência do erro dos juízes do que na demora do processo”.<sup>113</sup>

Entrementes a esse difícil dilema entre celeridade vs. segurança, imperioso notar que a nossa Constituição Federal de 1988 veio a consagrar os recursos como consectário do devido processo legal, na medida em que servem para assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, incs. LIV e LV, CF).

Porém, na esteira do que apontam as doutrinas citadas, não se trata de declarar a “impugnabilidade” de toda e qualquer decisão judicial, haja vista que esta medida muito possivelmente não atenderia aos anseios do devido processo legal, sobremaneira à luz da razoável duração do processo, que também tem assento constitucional (art. 5.º, inc. LXXVIII, CF).

Com isso temos que a garantia constitucional dos recursos é um preceito voltado para o legislador que deve observá-lo quando da definição das hipóteses e dos instrumentos recursais cabíveis, dosando, segundo critérios de conveniência e oportunidade legislativas, os casos em que se deve dar prevalência à tutela jurisdicional célere ou à tutela jurisdicional com maior segurança.

## 9.2 A classificação dos recursos no processo civil brasileiro

Sabe-se que possível será realizar tantas classificações quantos forem os critérios utilizados para este fim. Em confirmação deste adágio, de um modo geral se extrai da doutrina vasto elenco de categorias de recursos, dentre as quais podemos citar, exemplificativamente, as classificações em: total e parcial; ordinários e extraordinários;

---

112 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3, 24ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2010, p. 85.

113 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

de fundamentação livre e de fundamentação vinculada; independentes e subordinados; retroativos ou não-retroativos.<sup>114</sup>

Relevante para este trabalho é a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, até mesmo pela sua reconhecida utilidade em propiciar a identificação e compreensão de aspectos particulares que nitidamente distinguem os recursos, alocando-os nestes dois grandes grupos.<sup>115</sup> Bem como a classificação em de fundamentação livre e de fundamentação vinculada, pois dita classificação influencia nos limites da matéria que é devolvida à (re)apreciação por parte do juízo *ad quem*.

### 9.2.1 Recursos ordinários e extraordinários (excepcionais)

O critério utilizado para esta classificação tem como pedra de toque o objetivo imediato a ser tutelado pelo recurso, de modo que quando se pretender proteger imediatamente o direito subjetivo do eventual recorrente, diante estaremos de um recurso ordinário; ao passo que, pelo contrário, quando o objetivo imediato for impedir a lesão ao direito objetivo, compreendido como a “intenção voltada à unidade do direito”<sup>116</sup> sem aludir propriamente ao direito subjetivo das partes envolvidas, extraordinário será o recurso.

Com a clareza que lhe é peculiar, Flávio Cheim Jorge sintetiza essa razão quando argumenta que, “pode-se concluir dessa classificação que quando estamos diante dos recursos extraordinários, o direito subjetivo do recorrente somente será protegido quando, e somente nessa circunstância, tiver havido lesão ao direito objetivo, portanto, em decorrência natural da proteção deste”.<sup>117</sup>

---

114 Por todos, confirmam-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 142, p. 252-257; CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38-44; DE ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-68; e SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 47.

115 Note-se que do próprio Código de Processo Civil é possível extrair essa classificação, pois a faz a lei ao tratar da coisa julgada: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

116 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro*. RePro 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 14.

117 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

Não há propriamente resguardo da situação individual das partes por meio dos recursos extraordinários, senão de forma mediata ou de modo indireto.<sup>118</sup>

Disso se evidencia a assertiva de que os recursos extraordinários, por serem considerados recursos de *estrito direito* (excepcionais), não se prestam à correção de injustiça da decisão, competindo-lhes o mister de apenas possibilitar a extirpação de eventual violação ao direito objetivo, conferindo-lhe uniformidade de entendimento, estabilidade e previsibilidade, ou seja, assegurando-lhe integridade.

Não por outra razão, o próprio sistema elenca uma série de condições particulares para o manejo dos recursos extraordinários, como por exemplo, vedando o reexame de matéria de fato, restringindo a reavaliação à questão já decidida e exigindo o esgotamento da instância ordinária.<sup>119</sup> Valendo dizer, em contraponto, não ser suficiente a mera insatisfação com a decisão, por vezes evidenciada pela simples sucumbência daquele que recorre.

Em suma, o sistema processual disponibiliza para os jurisdicionados dois tipos de recursos: os *ordinários*, por meio do qual é possível buscar ilimitadamente a reforma da decisão judicial, através de um segundo grau de jurisdição amplo e irrestrito, inclusive com a possibilidade de análise e revolvimento de toda e qualquer questão; e os *extraordinários*, disponíveis exclusivamente para aquelas situações onde a decisão judicial tenha afrontado a norma jurídica – e apenas nesta situação, e julgados por tribunais superiores, não configuradores de outro grau de jurisdição.

Assim, disponibiliza-se num primeiro momento – até o segundo grau de jurisdição e com técnicas apropriadas para tanto (§§ 1º e 2º do art. 515, CPC) – a ampla discussão da causa; e, uma vez ultrapassada tal fase – e num segundo momento –, o sistema preocupa-se não mais com o direito do indivíduo e sim com a interpretação e aplicação da norma – alegada como violada.

---

118 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 448.

119 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

## 9.2.2 Recursos de fundamentação livre e vinculada

Ensina José Carlos Barbosa Moreira, que fundamentar recurso nada mais é que criticar a decisão recorrida, sendo certo que, “em certos casos, abstém-se a lei de fixar limites a essa crítica, permitindo ao recorrente invocar *quaisquer* erros; noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio do recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal”.<sup>120</sup>

O critério utilizado para esta classificação tem como pedra de toque a exigência, por parte da norma, da presença de tipos específicos de defeitos ou vícios na decisão judicial então proferida e que se pretende combater.<sup>121-122</sup>

Assim, quando a norma trouxer a tipificação dos vícios ou defeitos passíveis de impugnação, estaremos diante de recurso de fundamentação vinculada, ao passo que, quando não houver dita tipificação normativa, de fundamentação livre será o recurso.

Os recursos de fundamentação livre não encontram óbices no que tange às críticas que podem ser eleitas como fundamento para a impugnação da decisão judicial atacada. Há, portanto, ampla liberdade do recorrente para se insurgir em face de decisão proferida, desde que, por óbvio, seja ela passível de impugnação por meio de recurso próprio e exista expectativa de melhora da situação do recorrente, então sucumbente sob algum aspecto no processo.

São de fundamentação livre os recursos de apelação, os agravos, os embargos infringentes, o recurso ordinário e os embargos de divergência. Vale aqui anotar a lição de Flávio Cheim Jorge, segundo a qual:

“É errado supor, como se poderia cogitar, que os embargos infringentes são recursos de fundamentação vinculada. O que há de vinculado nos embargos infringentes é apenas o seu efeito devolutivo, visto somente levar ao conhecimento do órgão julgador, o conteúdo

---

120 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 142, p. 253.

121 Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46.

122 No mesmo sentido: “Os recursos de motivação vinculada se baseiam obrigatoriamente em motivos predeterminados. Em outras palavras, a tipicidade do erro passível de alegação pelo recorrente, ou a crítica feita ao provimento impugnado, integra o cabimento do recurso, e, por conseguinte, a respectiva admissibilidade.” DE ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62.

do voto vencido. No entanto, existindo o voto vencido, a fundamentação dos embargos é a mais ampla possível, não dependendo o seu cabimento da presença de um determinado defeito ou vício na decisão.<sup>123</sup>

Já quanto aos recursos de fundamentação vinculada, no nosso ordenamento jurídico encontramos o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de declaração.

Importante notar, ainda, que o fato de ser livre ou vinculada a fundamentação do recurso também traz outras consequências para o julgamento a ser proferido. É que o fato de ser livre a fundamentação do recurso importa em reconhecer nele, de regra, um efeito devolutivo amplo, tanto no que tange ao prisma da extensão quanto ao que toca à profundidade.

O mesmo não se verifica nos recursos de fundamentação vinculada. Nestes o efeito devolutivo também será vinculado, ou seja, igualmente sofrerá restrição, impondo-se a identidade entre os seus planos da extensão e da profundidade, de modo a se submeter ao reexame apenas aquela circunstância que encerra o vício ou defeito típico que tornou possível a admissão do recurso.<sup>124</sup>

Segundo Flávio Cheim Jorge, a existência dessa classificação recursal revela uma intrincada questão, qual seja: a dificuldade de se distinguir o juízo de admissibilidade do juízo de mérito nos recursos de fundamentação vinculada.<sup>125</sup>

O fato é que, se a existência de determinado vício ou defeito específico (típico) na decisão recorrida é imprescindível para a previsão do recurso, como saber se o pronunciamento judicial que diz inexistir o defeito apontado julga ou não o mérito recursal?

### **9.3 Admissibilidade e mérito dos recursos (análise crítica)**

No nosso sistema processual os atos postulatorios, de um modo geral, estão sempre sujeitos a um duplo exame,<sup>126</sup> haja vista que normas de índole adjetiva

---

123 Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

124 Cf. DE ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

125 Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-50.

(processual), estabelecem como devem ser instrumentalizados em juízo os atos e, uma vez realizado adequadamente este ato, normas de jaez substantivo (material), são utilizadas para fundamentar o que se pede.

No caso dos recursos não é diferente. A postulação recursal deve se ater a determinadas condições estabelecidas na norma processual que descreve requisitos a serem observados pelo recorrente ao se insurgir em face de uma decisão judicial, sob pena de, em não sendo observadas essas condições, não ser dado ao julgador o exame do conteúdo da postulação a ele dirigida.

O exame de verificação destes requisitos trazidos na norma processual encerra, por assim dizer, o juízo de admissibilidade do recurso. Ao passo que o exame do conteúdo da postulação, ou seja, da sua pretensão recursal, encerra o seu juízo de mérito.

Por consectário lógico do quando já se expôs, revela-se inclusive intuitiva a assertiva de que o juízo sobre o mérito da pretensão recursal só se faz posteriormente à realização do juízo de admissibilidade do recurso interposto.

Neste ponto, oportuna se faz a transcrição de objetiva lição de José Carlos Barbosa Moreira:

“É óbvio que só se passa ao juízo de mérito se o de admissibilidade resultou positivo; de uma postulação inadmissível não há como nem porque investigar o fundamento. Reciprocamente, é absurdo declarar inadmissível a postulação por falta de fundamento; se se chegou a verificar essa falta, é porque já se transpôs o juízo de admissibilidade e já se ingressou no mérito: a postulação, na verdade, já foi admitida, embora, com má técnica, se esteja dizendo o contrário. A questão relativa à admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar à questão de mérito: a apreciação desta fica excluída se àquela se responde em sentido negativo. Neste último caso, quando a admissibilidade é negada pelo órgão *ad quem*, diz-se que ele não conhece do recurso; no caso contrário, que ele conhece do recurso, e aí duas hipóteses podem verificar-se: se o órgão *ad quem* entender que o recurso, além de admissível, é fundado, dá-lhe provimento; se entender que, apesar de admissível, é infundado, nega-lhe provimento.”<sup>127</sup>

---

126 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 144, p. 261.

127 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 144, p. 261-262.



A toda evidência, o que caracteriza o exame da admissibilidade como preliminar ao exame do mérito é a circunstância de o resultado daquele apenas viabilizar ou não o exame deste, sem que haja, contudo, uma vinculação entre os resultados de um e do outro, como o que ocorre com as questões prejudiciais.

É que, ao contrário da questão preliminar que apenas viabiliza ou não a apreciação da questão seguinte, a resolução da questão prejudicial tem influência direta no próprio julgamento da questão prejudicada, vinculando e moldando o resultado de sua apreciação.<sup>128-129</sup>

Por certo o juízo de admissibilidade recursal comporta o exame de tudo o quando encerra condição para adequada interposição do recurso, vale dizer, tanto os seus requisitos intrínsecos quanto extrínsecos.<sup>130</sup>

Neste ponto, porém, cumpre-nos evidenciar a intrincada tarefa que é verificar a satisfação do requisito do cabimento nos recursos de fundamentação vinculada, gênero do qual é espécie o recurso especial, objeto deste estudo.

Com objetividade peculiar, Flávio Cheim Jorge expõe claramente essa dificuldade com exemplos que adotamos pela didática que ostenta:

“Imaginemos, por hipótese, tenha o recorrente em seu recurso especial alegado que o tribunal local afrontou os arts. 128 e 460 do CPC – que consagram o princípio da adstrição do juiz ao pedido – e proferido julgado *extra petita*. Nesta circunstância, teria o Superior Tribunal de Justiça, julgado inexistir o vício apontado, decidido o mérito do recurso especial ou então decido pela sua não admissibilidade

---

128 Em outras palavras: o juízo sobre a admissibilidade condiciona, por seu teor, o ser ou não-ser do julgamento do mérito. Por outro lado, nenhuma influência tem sobre o eventual conteúdo deste: afirmada a viabilidade do exame de meritis, nem por isso se pode ainda saber se o recurso será provido ou desprovido. Essa relação entre as duas questões caracteriza a primeira como preliminar à segunda. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 144, p. 265.

129 No mesmo sentido, Flávio Cheim Jorge, assevera: “É possível, com base nesses conceitos, afirmar que o juízo de admissibilidade dos recursos é formado por questões prévias, da espécie preliminar.” Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

130 “Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se ao primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo (v.g., o previsto no art. 881, caput, fine) ou extintivo (v.g., os contemplados nos arts. 502 e 503) do poder de recorrer. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.” Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 145, p. 262-263.

(conhecimento), em razão de não existir o vício específico para o seu cabimento?”<sup>131</sup>

De se notar que essa circunstância perplexa não é exclusividade do exemplo acima, sendo verificada em todos os recursos de fundamentação vinculada e sob todas as suas possíveis hipóteses de cabimento.

Vejamos outro exemplo:

“Se o recorrente, em seus embargos, alega que houve omissão quanto à apreciação de um fundamento contido na petição inicial e o juiz, ao julgá-los, afirma que inexistiu tal omissão, teria sido julgado o seu mérito?”<sup>132</sup>

Como já dito, a dificuldade em se verificar o cabimento nos recursos de fundamentação vinculada é comum a todas as suas espécies e fundamentos legais. Todavia, mais algumas observações se fazem oportunas acerca, especificamente, do recurso especial com fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, dado que interessantes questões envolvem o tema.

Prescreve a Constituição Federal, acerca do cabimento do recurso especial:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

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

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe 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. [...]

É de José Carlos Barbosa Moreira acirrada crítica lançada em face do texto adotado pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional acima transcrito.<sup>133</sup> E Teresa Arruda Alvim Wambier registra como irrepreensível a sugestão de Barbosa Moreira, “no sentido de considerar que as letras *a* dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal deveriam ser lidas: é cabível recurso especial (ou extraordinário) quando se afirmar que a decisão recorrida teria contrariado dispositivo da lei federal ou da

---

131 Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 91-92.

132 Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

133 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 587-589 e 592-594.

Constituição Federal, e não quando se verificar ter havido a alegada contrariedade, já que aí se estará diante de matéria de mérito”.<sup>134</sup>

Como se vê, para José Carlos Barbosa Moreira a questão da verificação do cabimento dos recursos de fundamentação vinculada seria aplacada com a mera constatação de que o recorrente, em sua postulação, tenha alegado existir o vício exigido como hipótese de fundamento.

“A rigor, só com o julgamento do recurso especial é que se verifica se a decisão recorrida contrariou ou não tratado ou lei federal: isso respeita ao mérito do recurso, não à sua admissibilidade. Do ponto de vista do cabimento, o recurso especial é admissível desde que o recorrente alegue a contrariedade. Tal alegação bastará para que se conheça do recurso; em etapa posterior, conforme seja ela procedente ou não, o resultado será o provimento ou desprovimento.”<sup>135</sup>

Então, bastaria a afirmação na peça do recurso especial de que o acórdão recorrido teria contrariado ou negado vigência a determinada norma de direito federal infraconstitucional que, por assim dizer, cabível seria o recurso interposto.

Contudo, parece-nos que esse posicionamento simplifica sobremaneira o requisito do cabimento, até mesmo retirando-lhe a relevância de ter sido previsto pelo legislador como uma condição essencial para se provocar um novo exercício da atividade judicial incidente sobre o mérito da causa já anteriormente decida.

É que por esse entendimento se passa a admitir a manifestação do órgão judicial sobre todo e qualquer recurso especial, desde que seja apenas alegada a ofensa, o que, ao nosso sentir, não blinda o órgão jurisdicional do dispêndio de tempo, energia e dinheiro com a apreciação de recursos manifestamente incabíveis.

Flávio Cheim Jorge, por sua vez, contribui para a verificação do cabimento dos recursos de fundamentação vinculada com um aporte mais técnico.

Segundo este autor, o cabimento dos recursos de fundamentação vinculada é verificado através de uma técnica de aprofundamento cognitivo que contempla 3 (três) etapas, a saber: 1) alegação; 2) análise da alegação e; 3) verificação em concreto.<sup>136</sup>

---

134 Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

135 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 320, p. 592.

136 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49 e 94.

Trabalhando com exemplos, Flávio Cheim Jorge sintetiza sua elaboração técnica e a põe à prova sob um caso empírico-hipotético, da seguinte forma:

“Pensamos que a alegação é apenas a primeira etapa a ser seguida para que o recurso seja admitido. Imprescindível também se torna a análise da alegação e por fim, a sua verificação em concreto. Somente quando presentes as três etapas que se pode falar que houve julgamento de mérito do recurso.

Alguns exemplos podem ilustrar o que afirmamos. Imagine que a parte interponha um recurso especial alegando ofensa ao art. 128 do CPC em razão de a sentença e do acórdão terem prestado tutela diferente daquela solicitada, sendo que essa questão nunca tenha sido antes ventilada, discutida ou mesmo decidida. Nesse caso, a primeira etapa existirá – alegação –, a segunda também – análise da alegação –, mas não a terceira, visto que após a análise da alegação, o Tribunal decidirá que não se pode fazer a verificação em concreto em razão dessa questão não ter sido anteriormente alegada.

O mesmo se dá, por exemplo, diante da interposição de embargos de declaração contra sentença, sob o fundamento de ter havido omissão quanto à apreciação de uma causa de pedir existente na petição inicial. Em tal caso, somente haverá julgamento de mérito dos embargos, se realmente a mencionada causa de pedir fizer parte da petição inicial. Se não tiver sido mencionada, o juiz, ao analisar a alegação, não admitirá os embargos, pois o pressuposto fático descrito pelo recorrente é incorreto. Não haverá assim a verificação em concreto da omissão.”<sup>137</sup>

Pensamos que aqui temos, verdadeiramente, a elaboração de um método teórico para verificação do cabimento dos recursos de fundamentação vinculada, com apelo para fixação de uma técnica que empreste segurança na realização deste mister. Ressalte-se: com o mais importante, o respeito para a distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito dos recursos.

Por fim, temos a referir que, tanto a sutil sugestão de Barbosa Moreira, quanto a engenhosa elaboração de Cheim Jorge, são ignoradas pelo Superior Tribunal de Justiça que adota posicionamento *sui generis* a respeito.

O Superior Tribunal de Justiça promove, para fins de verificação do cabimento dos recursos de fundamentação vinculada, verdadeira confusão entre os juízos de admissibilidade e mérito do recurso, e o faz com espreque no enunciado n. 123 da súmula de sua jurisprudência dominante, que assim estabelece: “A decisão que

---

137 CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 49-50.

admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.”

O fato é que, embora se aponte como imprescindível a alegação da contrariedade, associada à sua demonstração de como teria o acórdão recorrido violado o dispositivo de lei federal arguido,<sup>138</sup> defende o Tribunal da Cidadania a possibilidade de, no juízo de admissibilidade, realizar o ingresso no mérito do recurso especial, sob o argumento de que “o exame da admissibilidade pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional envolve o próprio mérito da controvérsia”.<sup>139-140</sup>

O que se vê, portanto, é que adota o Superior Tribunal de Justiça apenas em parte o que defende Barbosa Moreira, quando sustenta ser imprescindível apontar o dispositivo que teria sido contrariado pelo acórdão guerreado; mas, ao contrário deste, promove verdadeira confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito, prevendo a absurda contradição de se conhecer primeiro do mérito para, só então, dizer do cabimento ou não do recurso.

De lado outro, entretanto, vemos que a alegação da contrariedade não é suficiente para garantir a verificação do cabimento do recurso especial segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Exige-se, ainda, que o recorrente demonstre como teria o acórdão objurgado contrariado o dispositivo de lei federal apontado no recurso.

Com isso, a princípio, chegamos até a identificar uma semelhança entre a praxe do Tribunal da Cidadania e a teoria elaborada por Flávio Cheim Jorge, na medida em que essa demonstração da contrariedade equivaleria à segunda etapa de sua técnica: a análise da alegação. Contudo, ao invés de adotar dita técnica, renuncia completamente à preocupação com a distinção entre os juízos de admissibilidade e mérito, e propõe uma “remada cachoeira acima”, com a incursão sobre o mérito antes de se verificar a admissibilidade (cabimento).

---

138 Neste sentido: “Para que seu recurso especial seja admitido pela letra “a” do permissivo constitucional, o recorrente deve não apenas apontar, mas também demonstrar como teria o acórdão recorrido contrariado ou negado vigência a dispositivo de lei federal”. (AgRg no REsp 1089848/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012)

139 AgRg no AREsp 174.674/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012.

140 Por todos: AgRg no Ag 1340610/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 27/06/2012; AgRg no AREsp 151.885/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 16/08/2012; AgRg no AREsp 176.613/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012; AgRg no AREsp 38.425/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.

Conforme pensamos, a praxe adota pelo Superior Tribunal de Justiça não é a melhor e, flagrantemente, afronta a técnica jurídica.

Ademais disso, não enxergamos como pode este posicionamento estar arrimado no enunciado n.º 123 da súmula de sua jurisprudência dominante, uma vez que, ao nosso sentir, o conteúdo descritivo que se extrai de dita súmula é a de se respeitar o juízo de admissibilidade, consistente na análise fundamentada dos “requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, a fim de dar-lhe ou negar-lhe provimento”.<sup>141</sup>

Não por outra razão o enunciado n.º 123 alude expressamente apenas a um juízo de admissibilidade quando se vale da expressão “decisão que admite, ou não”, e, também, alude expressamente ao conteúdo deste juízo de admissibilidade, quando diz que o exame abarcará os “pressupostos gerais e constitucionais”. Como se vê, nada, absolutamente nada é dito acerca do exame de mérito, o que evidencia estar havendo uma equivocada interpretação do enunciado n.º 123.

Nelson Nery Junior, ao tratar da teoria da norma jurídica registra que sua ideia fundamental repousa na afirmação de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, mero enunciado; antes se apresenta como resultado de um trabalho de construção, designado de concretização. Assim, “norma seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto. Não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela”.<sup>142</sup>

Nesta linha a prescrição literal do texto da norma (enunciado) serviria, portanto, para a elaboração do “programa da norma”.<sup>143</sup>

Em razão disso, o que verificamos é que se revela contraditório, também, o Tribunal da Cidadania afirmar que o seu posicionamento estaria de acordo com o asseverado pelo enunciado n. 123 da sua súmula de jurisprudência dominante, uma vez

---

141 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 145, p. 262.

142 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 24-25.

143 “Diante desse paradigma, além de não mais ser possível a confusão entre texto normativo e norma, necessário destacar que a interpretação não se opera de maneira meramente silogística e reprodutiva, na medida em que passa a ser circular e seu ato passa a ser produtivo. A interpretação é sempre aplicação e aplicação do direito é sempre uma atividade produtiva e criadora. O direito produz-se no processo de compreensão, concretizando-se no momento de sua aplicação ao caso particular (concreto) (real ou fictício).” Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 21-35.

que, ao contrário disso, temos que referido enunciado defende sim a existência de um juízo de admissibilidade distinto do juízo de mérito. Separação esta que não é observada pela praxe do próprio Superior Tribunal de Justiça.<sup>144</sup>

Ao nosso sentir se faz possível, com efeito, adotar completamente o posicionamento sustentado por Barbosa Moreira ou o entendimento de Cheim Jorge, com fulcro no citado enunciado n. 123 da súmula do STJ; mas não, em hipótese alguma, sustentar a confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito com espeque neste enunciado.

A verdade é que a praxe do Superior Tribunal de Justiça, no que toca à análise do cabimento dos recursos de fundamentação vinculada, é carente de técnica o que compromete a legitimidade dos seus pronunciamentos. E o fato de se socorrer no enunciado n.º 123 da súmula de sua jurisprudência, como visto, não afasta a nebulosidade sobre a legitimidade dos julgamentos que faz ao, por vezes, apreciar indevidamente o mérito de recurso especial manifestamente incabível.

---

144 Cf. AgRg no Ag 1340610/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 27/06/2012; AgRg no AREsp 151.885/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 16/08/2012; AgRg no AREsp 176.613/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 20/08/2012; AgRg no AREsp 38.425/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012.

## CAPÍTULO V

### O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A INCOLUMIDADE DO DIREITO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL

Neste capítulo investigamos as bases teóricas do recurso especial com assento na Constituição Federal de 1988, com o propósito de revelar a sua essência e aptidão; o que fazemos a partir de uma breve abordagem acerca do surgimento do Superior Tribunal de Justiça e da sua vocação para uniformização do direito federal infraconstitucional, avançando para a análise da natureza jurídica do recurso especial (estrito direito), seus requisitos específicos, suas hipóteses de cabimento e o âmbito de sua devolução.

#### 10 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

##### 10.1 Origem histórica e vocação uniformizadora

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela atual Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, que lhe previu composto de, no mínimo, 33 (trinta e três) ministros nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de sessenta e cinco anos de idade, que gozarem de notável saber jurídico e reputação ilibada e que forem aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal, a saber: um terço entre juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios (art. 104 e seu parágrafo único da CF).<sup>145-146</sup>

---

<sup>145</sup> Apesar de a Constituição Federal asseverar que o STJ será composto de, no mínimo, 33 (trinta e três) ministros, registra Bernardo Pimentel Souza que a sua composição jamais ultrapassou o número mínimo fixado pela Constituição Federal, sendo curioso que tanto a Lei n.º 7.746/89 (art. 1.º), que dispôs sobre a composição e instalação deste Tribunal, quanto o seu Regimento Interno (art. 1.º), afirmam categoricamente a composição como sendo de 33 (trinta e três) ministros, e não no mínimo esse mesmo número. Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 630.

<sup>146</sup> Atualmente o STJ está composto por 30 (trinta) ministros, dada a vacância ainda não suprida e proporcionada pelo desligamento dos ministros Hamilton Carvalhido, Aldair Passarinho Junior e Teori



Assinala José Saraiva que a fórmula escolhida pelos constituintes, ao reservarem vagas para os diferentes órgãos do Poder Judiciário nacional e do Ministério Público, é indicativo da preocupação com a representatividade dos diversos seguimentos da federação no Superior Tribunal de Justiça, embora se enxergue com clareza uma “supremacia da representatividade do Poder Judiciário da União, na medida em que o número de juízes federais e respectivos Tribunais Federais é inferior ao de desembargadores e respectivos Tribunais Estaduais que compõem o Judiciário estadual, o mesmo ocorrendo em relação ao Ministério Público.<sup>147</sup>

Porém a configuração inicial desta representatividade federativa no Superior Tribunal de Justiça teve de observar o que dispunha o § 2.º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,<sup>148</sup> que ordenou o aproveitamento dos ministros que compunham o extinto Tribunal Federal de Recursos, o que resultou na composição do Superior Tribunal de Justiça com 26 (vinte e seis) ministros egressos do Tribunal Federal de Recursos e 7 (sete) ministros nomeados na forma estabelecida no art. 104 da Constituição Federal de 1988.<sup>149</sup>

Ao Superior Tribunal de Justiça foi atribuída ampla competência, seja prevendo o seu funcionamento como órgão originário (art. 105, inc. I, CF),<sup>150</sup> seja como

---

Albino Zavascki. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp) Consultado em: 18/02/2013.

<sup>147</sup> Cf. SARAIVA, José. Recurso especial e o STJ. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 83-84.

<sup>148</sup> “Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal. [...] § 2.º A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á: I – pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos; II – pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.” Constituição Federal de 1988.

<sup>149</sup> Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp) Consultado em: 18/02/2013.

<sup>150</sup> Art. 105, inc. I, da Constituição Federal: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre

órgão de segunda instância ordinária (art. 105, inc. II, CF),<sup>151</sup> além de lhe ter atribuído competência para “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”.<sup>152</sup>

A concepção do Superior Tribunal de Justiça decorreu da necessidade de solucionar o que à época se denominou “crise do Supremo”<sup>153</sup>. Antes do advento do Tribunal da Cidadania cumpria ao Supremo Tribunal Federal a missão de promover o controle da constitucionalidade e, também, da legalidade das decisões judiciais proferidas, julgando os recursos extraordinários a ele direcionados.<sup>154</sup>

---

autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; [...].”

<sup>151</sup> Art. 105, inc. II, da Constituição 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; [...].”

<sup>152</sup> Art. 105, inc. III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da Constituição Federal de 1988.

<sup>153</sup> Esclarece José Afonso da Silva: “Há muito que se vem pondo em destaque a existência de profunda crise no mais alto Tribunal do país. Crise que se traduz no afluxo insuportável de serviços, no acúmulo de processos, naquela alta Côrte, a tal ponto de se proclamar um possível estrangulamento da Justiça nacional. E a gravidade disso se revela no fato de o S.T.F. ser o órgão de cúpula do nosso organismo judiciário e de, em face da elasticidade do Recurso Extraordinário, levar-se a êle parcela enorme das controvérsias judiciais, julgadas pelos demais órgãos da Justiça de todo o país. [...] A evidência demonstra, por conseguinte, que o acúmulo de serviços no Tribunal Supremo do país povém de dois fatos: primeiro, do pequeno número de Ministros de que êle se compõe, com a incumbência de decidir sobre questões de toda a matéria jurídica nacional, exceção da eleitoral; segundo, da pleora de feitos que lhe encaminha o Recurso Extraordinário.” DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 446, n. 207, e p. 448, n. 208.

<sup>154</sup> Confira-se, a título exemplificativo, o conteúdo do art. 119 da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969 – Constituição de 1967: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

Contudo, o exercício do controle da legalidade das decisões judiciais pelo Supremo Tribunal Federal já dava sinais de saturação<sup>155</sup>, não satisfazendo os anseios da sociedade da época, pois para tentar solucionar a excessiva carga que o sobrecarregava foram adotadas medidas que obstaculizavam o conhecimento dos recursos extraordinários, ao preço de se escusar do mister de dizer com uniformidade o entendimento acerca do direito federal, admitindo, pois, que tribunais estaduais emprestassem ao direito federal entendimentos diversos, como que “estadualizando” a legislação federal.<sup>156</sup>

Isso ocorria porque, além de se terem previstas a arguição de relevância e outros mecanismos para tentar reduzir o grande número de recursos extraordinários pendentes de apreciação, o enunciado sumular n. 400 editado pelo Supremo Tribunal Federal estabelecia que “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal”<sup>157</sup>. Evidente, portanto, que não mais guardava o Supremo Tribunal Federal vocação para interpretar com uniformidade o direito federal, pois optara por se calar diante da “última palavra” proferida pelo tribunal *a quo*, ainda que esta reconhecidamente não fosse “a melhor”.

A partir deste contexto pode-se dizer que o Superior Tribunal de Justiça surgiu com a ambição de ser o órgão que aliviaria a excessiva carga do Supremo Tribunal Federal, absorvendo parte da sua competência em matéria de recurso extraordinário (controle da legalidade), e ao qual cumpriria resgatar a uniformidade do entendimento acerca do direito objetivo federal.

---

<sup>155</sup> Narra Roberto Carvalho de Souza, descrevendo o fenômeno que levou à saturação do STF, que “o número aproximado de dezessete mil recursos extraordinários interpostos até 1950 crescia para sessenta mil ao findar 1965, chegando, em 1988, a perto de cento e vinte mil”, o que evidencia que a crise era de quantidade. DE SOUZA, Roberto Carvalho. *Recurso especial*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1997, p.4.

<sup>156</sup> SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.

<sup>157</sup> Nelson Luiz Pinto faz o registro de que a doutrina sempre direcionou severas críticas ao enunciado n. 400 da Súmula do STF, mesmo na vigência do sistema constitucional anterior. Vale transcrever, por todos, o apontamento que fez citando a crítica formulada por Seabra Fagundes: “Seabra Fagundes, ao comentar essa Súmula, afirma que ela conflita com as razões que inspiraram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial, que *supõem que só exista uma interpretação válida* para a lei federal: ‘Constrange-se, pela exegese, a possibilidade de recurso, no caso de violação da lei, conflita com as razões que inspiraram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial. Sim, porque este *supõe que só exista uma interpretação válida* para a lei federal. E não duas ou mais, como o critério da razoabilidade necessariamente admite.’” LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 194.

O instrumento próprio a viabilizar este resgate, com efeito, restou previsto constitucionalmente na forma do recurso especial.<sup>158</sup> Assim, das causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais, que contrariarem tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência, que julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, bem como que der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, cabe recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, a quem lhe cumpre julgar (art. 105, inc. III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, CF).

É dizer, com Bernardo Pimentel Souza, que:

“[...] o constituinte de 1988 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. E para a novel corte poder cumprir o importante encargo, foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação do Superior Tribunal, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.”<sup>159</sup>

Como se sabe, o recurso especial ostenta características próprias que o identificam como típica espécie do gênero recurso extraordinário (excepcional). Nesta senda, embora trataremos detidamente dos requisitos específicos do recurso especial mais adiante, para ressaltarmos a vocação uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça faz-se imperioso adiantar que se exige para o seu cabimento, além da arguição de pelo menos uma das hipóteses vinculadas pela Constituição Federal (alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso III, do art. 105), o prequestionamento e, também, que a causa tenha sido decidida em única ou última instância por tribunais; vale dizer, não se afigura bastante para a sua adequada interposição a mera situação de sucumbência ou insatisfação com a decisão.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> “É que o recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, nada mais é do que uma derivação do antigo recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal.” LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 39.

<sup>159</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 629.

<sup>160</sup> “Por outras palavras, a simples situação de sucumbência, de prejuízo, que basta ao exercício dos recursos comuns, não é suficiente para embasar os de índole excepcional, que ainda requerem o implemente de um plus (...).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 83-84.

Anota Teresa Arruda Alvim Wambier, com proficiência, “que a exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu.”<sup>161</sup> E prossegue: “Trata-se, na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.”<sup>162</sup>

Como se vê, e deixando de lado argumentos no sentido de possível imprecisão no termo *prequestionamento*<sup>163</sup>, relevante para o manuseio do recurso especial é que da decisão objurgada conste a matéria federal controvertida, de modo a que se entenda por prequestionada e atendida a exigência própria dos recursos excepcionais, que se prestam a rever aquilo já decidido. Importa, em suma, que a causa (questão federal) tenha sido apreciada.

Com efeito, o prequestionamento nada mais é do que uma decorrência da literalidade o texto constitucional, onde se lê que cabe recurso especial das “causas decididas”. De forma ainda mais direta: só se revisará o que foi decidido anteriormente, e o que foi decidido, por consectário lógico, restou apreciado e do teor do acórdão há de constar.

O enunciado n. 282 da súmula do Supremo Tribunal Federal aponta no mesmo sentido ao prever, *mutatis mutandis*, a inadmissibilidade do recurso especial quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.<sup>164</sup>

É também requisito para o adequado manejo do recurso especial e seu consequente conhecimento, que a decisão objurgada tenha sido proferida após o esgotamento das instâncias ordinárias (causas decididas em última instância).

---

<sup>161</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 401.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>163</sup> Para José Miguel Garcia Medina o prequestionamento é ato próprio que decorre de manifestação da parte e necessariamente antes de proferida a decisão recorrida, não se confundindo, portanto, com o fato de constar na decisão questão federal a desafiar recurso excepcional, mormente porque esta eventualmente pode surgir na própria decisão objurgada, prescindindo, pois, da manifestação prévia das partes, embora se reconheça haver neste caso surpresa aos litigantes. Confira-se: MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>164</sup> Súmula do STF: “282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Note-se, então, ser esse o motivo pelo qual da decisão monocrática do relator, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, não caber de pronto o recurso especial, pois ainda se afigura possível o manejo do recurso de agravo.<sup>165-166</sup>

Trata-se, aqui, da mesma razão que orienta o enunciado n. 207 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

No Supremo Tribunal Federal o mesmo entendimento também se encontra sumulado: “281. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

Portanto, sem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, com o manejo de todos os recursos cabíveis, não se pode pretender a interposição de recursos de estrito direito, como é o caso do recurso especial.

Acreditamos que essas breves considerações acerca do instrumento do recurso especial já são suficientes a traduzir as notas características do mister atribuído ao Superior Tribunal de Justiça quando do seu julgamento.

Do requisito do prequestionamento e da circunstância de se tratar de um recurso de fundamentação vinculada, extrai-se, claramente, a vedação de prestação jurisdicional decorrente do mero revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Por certo ao Superior Tribunal de Justiça cumpre conhecer, não livremente dos fatos e

---

<sup>165</sup> Prescreve o §1º do art. 557: “Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.” Brasil, Código de Processo Civil, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 626.

<sup>166</sup> “Processual civil. Recurso especial contra decisão proferida em sede de embargos de declaração de decisão monocrática. Impossibilidade. Esgotamento das instâncias ordinárias. Necessidade. 1. É dever do recorrente esgotar as instâncias ordinárias antes de interpor o recurso especial, nos termos do artigo 105, III, da Constituição Federal. 2. Embora o Tribunal a quo tenha apreciado os embargos de declaração opostos em face da decisão singular, ante a natureza simplesmente integrativa dos aclaratórios, não se verificou o esgotamento de instância. 3. Cabia à parte apresentar o competente agravo regimental, a fim de provocar o pronunciamento do órgão jurisdicional acerca do mérito da matéria em questão e afastar a incidência do óbice constante do verbete 281/STF. 4. Agravo regimental improvido”. (STJ, AgRg no Ag 1411767/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJE 02/09/2011”.

provas dos autos, como se de mais uma instância ordinária se tratasse; mas sim do quanto conste da decisão objurgada nos limites da matéria de direito objetivo federal suscitada, dentre as hipóteses do seu cabimento previstas na Constituição Federal.

Tanto é verdade, que é assente o entendimento materializado no enunciado n. 7 da súmula do próprio Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”<sup>167</sup>

Já a partir da exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias é possível evidenciar que ao Superior Tribunal de Justiça se atribui, por vocação constitucional, o mister de dar a última palavra acerca da interpretação da lei federal. Cumpre-lhe zelar pela correta aplicabilidade da lei federal e garantir, com autoridade, a sua eficácia e unidade de entendimento em todo o território nacional, isto é: laborando para a fixação de unívoco conteúdo normativo das leis federais.

Note-se que já pela redação constitucional atribuída ao recurso especial, afastada restou a possibilidade de aplicação do enunciado n. 400 da súmula do Supremo Tribunal Federal, responsável por se admitir interpretações distintas acerca da lei federal, sob o pretexto da razoabilidade, ainda que a interpretação dada sabidamente não fosse a melhor.

É que referido enunciado aludia expressa e exclusivamente à hipótese de negativa de vigência a tratado ou a lei federal, de modo que, restando previsto pela Constituição Federal de 1988 o cabimento do recurso especial não só na hipótese de negativa de vigência, mas também nos casos de contrariedade a tratado ou lei federal, não mais se cogita da aplicação daquele enunciado sumular, até mesmo porque *contrariar* é termo mais abrangente que *negar vigência*, estando este contido naquele.<sup>168-169</sup>

---

<sup>167</sup> No mesmo sentido assevera o enunciado n. 279 da súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

<sup>168</sup> LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 194-195.

<sup>169</sup> Também a respeito do enunciado n. 400 do STJ vale o registro das ponderações de Rodolfo de Camargo Mancuso: “De fato, numa apertada síntese, pode-se dizer que hoje, tanto o STF, quanto o STJ, cômicos de suas elevadas atribuições no cenário constitucional e do direito federal, tendem a evitar a invocação do princípio que está à base da Súmula 400. Quanto mais não seja, tal se dá pela constatação de que a aferição do que seja ‘juridicamente razoável’ pressupõe uma incursão pelo mérito da matéria

Fazendo uso das objetivas lições de Arruda Alvim, pode-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça “é uma corte de Justiça que proferirá, dentro do âmbito das questões federais, decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do país e a compreensão do Direito federal.”<sup>170</sup>

Na mesma senda, José Afonso da Silva assevera que “o que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se, aí, jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do direito objetivo, que ‘constitui um valor jurídico – que resume certeza, garantia e ordem –, valor esse que impõe a necessidade de um órgão de cume e um instituto processual para a sua real efetivação no plano processual’”.<sup>171</sup>

Não por outra razão proclama a missão do Superior Tribunal de Justiça: “A missão do STJ é processar e julgar as matérias de sua competência originária e recursal, assegurando a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais e oferecendo ao jurisdicionado uma prestação acessível, rápida e efetiva.”<sup>172</sup>

Em resumo, portanto, o que se deve ter por sólido acerca do papel do Superior Tribunal de Justiça, no exercício da sua competência recursal especial (excepcional), é que sua função se reveste de caráter técnico-jurídico, com olhos voltados para o direito objetivo federal, de modo a zelar pela sua incolumidade (princípio da incolumidade do direito objetivo), emprestando-lhe coerência de sentido,

---

recursal, o que exclui, por definição, que tal tópico possa ser abordado no juízo de admissibilidade do RE ou do REsp. com razão, observa Nelson Nery Júnior: ‘A efetiva violação da CF ou a efetiva negativa de vigência da lei federal são o mérito do recurso, cuja competência para decidir é dos tribunais superiores (STF e STJ)’. Nesse sentido, no âmbito do STJ o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se expressou: ‘O enunciado n. 400 da Súmula STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988’ (4ª T. REsp 5.936-PR, v.u., DJU 7.10.91). E, no STF, já se decidiu que em se tratando de alegação de ofensa à CF, é inaplicável a Súmula 400, porque: ‘Ou bem a decisão mostra-se harmônica com a Constituição Federal, ou a contrária, não havendo campo propício a enfoque intermediário’ (RTJ 145/303).” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 136.

<sup>170</sup> ALVIM, José Manuel de Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1998 e suas origens*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

<sup>171</sup> DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 570.

<sup>172</sup> Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=800](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=800) Consultado em: 18/02/2013.



primando por interpretar o direito federal a partir de premissas universalizáveis – o tanto quanto possível –; logo, decidindo de forma paradigmática.

Com isso se distancia o Superior Tribunal de Justiça da função exercida por instâncias ordinárias, preocupadas que são com a justiça da decisão e com o interesse e o direito subjetivo das partes; logo, decidindo casuisticamente.

## 11 O RECURSO DE ESTRITO DIREITO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### 11.1 O que é um recurso de estrito direito?

A ideia de organização estatal sob a forma federativa está ligada, em certa medida, com a noção que se tem acerca de recurso de estrito direito, de modo que a compreensão deste instituto exige uma breve incursão sobre aquela forma de organização estatal.

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira explica esta ligação com apoio no movimento de independência das treze colônias inglesas, ocorrido em 1776 e que abriu caminho para a constituição do federalismo norte americano. É que com a guerra da independência (1776), transmudaram-se em Estados soberanos as antigas colônias inglesas, que, por sua vez, firmaram em 1778 os *Articles of Confederation and Perpetual Union*, com vigor a partir do ano de 1781. O problema é que a união das colônias a partir deste pacto confederado preservava em muito a soberania de cada Estado e entregava poder mínimo ao governo central, o que fragilizava em muito a confederação frente às divergências entre seus Estados membros.<sup>173-174</sup>

---

<sup>173</sup> Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

<sup>174</sup> No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Sentiu-se, então, a necessidade de constituição de um governo central mais forte, mas que, ainda assim, não limitasse a autonomia dos Estados federados.<sup>175</sup> Neste passo, surgiu em 1787 a Constituição dos Estados Unidos, que foi ratificada pelos Estados no ano seguinte, que a par de atribuir maior poder ao governo central, garantia a participação dos Estados federados na formação da norma jurídica federal ao prever, em seu art. I, Seção I, que: “os poderes legislativos pela presente constituição serão atribuídos ao Congresso dos EUA, composto do Senado e da Câmara dos Representantes”.<sup>176</sup>

Pondera Teresa Arruda Alvim Wambier haver no federalismo americano, então, uma duplicidade de ordens jurídicas; a dos Estados federados e a do governo central, mas que guardam equilíbrio entre elas, podendo-se dizer que a competência dos Estados federados é residual e a do governo central é fixada especificamente. Sendo que a existência inevitável de conflitos entre esses dois planos jurídicos deu origem à ideia de supremacia das leis emanadas do governo central, a que se submeteriam todos os Estados federados.<sup>177-178</sup>

À reboque desta ideia de supremacia das leis emanadas do governo central, exigia-se a existência de um órgão capaz de controlar a repartição das competências previstas na Constituição e um instrumento adequado que garantisse o pacto federativo. Esta atribuição ficou, então, a cargo da Suprema Corte Americana que, por meio do *Judiciary Act* de 1789, passou a contar com o *writ of error*, instrumento de impugnação das decisões finais dos tribunais dos Estados federados, quando se alegar violação da norma emanada do governo central em desprestígio do pacto federativo.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Registra Oliveira, que políticos e juristas influentes da época, como Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicaram artigos denominados *The Federalist Papers* em que defenderam a realização de um novo pacto que prevísse um governo central forte, sem, contudo, limitar os entes federados, “já que os Estados tinham receio da formação de um governo central forte, que poderia privá-los da liberdade adquirida na guerra da independência contra a Inglaterra”. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

<sup>176</sup> Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

<sup>177</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 243.

<sup>178</sup> No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>179</sup> “Por meio do Judiciary Act de 1789, criou-se o *writ of error* dirigido à Suprema Corte das decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, quando: a) se tenha levantado a questão de validade de um tratado ou de uma lei da União ou da legitimidade de sua autoridade, e a decisão é contra a sua validade; b) se levanta questão de validade de uma lei do Estado ou da legitimidade de uma autoridade por ele

Com isso, evidencia-se que o *writ of error*, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “‘paira acima da controvérsia entre as partes’, assim como nossos recursos extraordinário e especial”.<sup>180-181</sup>

Tal assertiva é ratificada por José Theophilo Fleury, que aponta que “o nosso recurso extraordinário foi criado como cópia do *writ of error* do direito americano”. E acrescenta:

“Com a alteração de 1925, do *Judiciary Act*, certo é que o *writ of error* recebeu nova denominação, *appeal*, de competência das Cortes de Apelação, tendo sido criado um novo recurso para a Corte Suprema, denominado *writ of certiorari*, que, hoje, faz as vezes do antigo *writ of error*.

É que o que se depreende da Seção 1257 do Título 28, Parte IV, Capítulo 81, do *US Code*, segundo a qual o *writ of certiorari* poderá ser interposto contra decisões das mais altas cortes dos Estados:

(...) *where the validity of treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.*

Trata-se, pois, das mesmas hipóteses de cabimento do *writ of error* do *Judiciary Act*, que, por sua vez, foram copiadas pelo direito brasileiro, por meio do Decreto 848/1890 e, posteriormente, pela Carta de 1891, repetida pelas Constituições seguintes, e hoje estão divididas nos casos de cabimento de recurso especial e extraordinário.<sup>182-183</sup>

---

exercida, em face da Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, e a decisão é a favor da validade; c) se questiona sobre título, direito, privilégio ou isenção reclamada com fundamento na Constituição, tratado, lei ou concessão, e a decisão for contra o título, direito, privilégio ou isenção.” OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

<sup>180</sup> WAMBIER, Teresa arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 243.

<sup>181</sup> Esta autora, porém, sublinha que no Brasil as razões para a constituição do federalismo foram inversas à dos Estados Unidos, na medida em que neste o movimento foi para o fortalecimento do governo central pelos Estados soberanos, enquanto que naquele o movimento foi de descentralização da União em Estados Federados por força da considerável extensão territorial brasileira. Cf. WAMBIER, Teresa arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 244.

<sup>182</sup> Cf. FLEURY, José Theophilo. *Recurso especial e extraordinário*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55-56.

<sup>183</sup> No mesmo sentido registra Gleydson Kleber Lopes de Oliveira: “O Governo Provisório, logo após a Proclamação da República em 15.11.1889, e antes de ser promulgada a Constituição Federal de 1891, editou vários decretos, dentre os quais o Dec. 848, de 11.10.1890, que teve como objetivo organizar a justiça federal e criar o Supremo Tribunal Federal. O art. 9.º do referido decreto, ao dispor sobre o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu ‘(...) haveria também recurso para o STF das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juízes dos estados: a) quando a decisão houvesse sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicação de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União, qualquer que fosse

Desse modo é possível identificar, na esteira das argumentações de Mantovanni Colares Cavalcanti, que o recurso de estrito direito é aquele que cumpre, com prevalência, a função pedagógica sobre o ordenamento, como que ensinando o direito.<sup>184-185</sup>

Por outras palavras: recurso de estrito direito é aquele que se presta a atacar aspectos exclusivamente jurídicos da decisão recorrida, denotando uma preocupação em rechaçar possível ofensa ao direito objetivo, cuja gravidade é altamente considerável “porque potencialmente implica ou pode implicar uma pluralização das ofensas a direitos subjetivos que seriam decorrentes da regra violada, cuja eficácia fica já em tese comprometida”.<sup>186</sup>

Por isso há de se reconhecer como característica dos recursos de direito estrito, também, o limitado alcance cognitivo por ele proporcionado em relação à causa

---

a alçada; b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer estado fosse posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais, e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade ou cláusula’. Verifica-se que a previsão de recurso inominado dirigido ao Supremo Tribunal Federal, visando preservar a Constituição Federal e a legislação federal, baseou-se no *writ of error* do direito positivo dos Estados Unidos. Em seguida, foi promulgada a Constituição Federal de 1891, na qual foi mantido o recurso dirigido ao Supremo Tribunal Federal nas hipóteses das alíneas *a* e *b* do art. 9.º do mencionado decreto: ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição Federal e a decisão considerar válidos esses atos e essas leis impugnadas’.” Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 127-128.

<sup>184</sup> Cf. CAVALCANTI, Mantovanni Colares. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22 ss.

<sup>185</sup> “Este autor se pergunta: porque existem os recursos? E justifica esta existência em três ordens de razões: 1) pode-se ver nos recursos uma forma de controlar a magistratura de primeiro grau. Observa, ainda, o autor, que no sistema recursal brasileiro há uma série de hipóteses de autocontrole da magistratura de 1.º grau, exercida, por exemplo, no juízo de retratação do agravo de instrumento ou retido; 2) os recursos têm a função de moderar paixões, depurando a causa. No segundo grau, há o que o autor chama de depuração quanto ao juízo sobre os fatos, e meditação quanto à matéria de direito. É um segundo momento de reflexão a respeito da matéria decidida; 3) a terceira razão que explica e justifica a existência dos recursos é a sua função pedagógica. Esta função é exercida predominantemente pelos recursos especial e extraordinário: os Tribunais superiores julgam recursos para ‘ensinar’ direito.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 245.

<sup>186</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

a ser julgada, circunscrevendo-se à questão de direito federal invocada;<sup>187</sup> o que será objeto de análise mais detalhada quando tratarmos, mais adiante, do efeito devolutivo no recurso especial.

## 11.2 Requisitos específicos do recurso especial

Como já dissemos, no nosso sistema processual os atos postulatórios, de um modo geral, estão sempre sujeitos a um duplo exame,<sup>188</sup> haja vista que normas de índole adjetiva (processual) estabelecem como devem ser instrumentalizados em juízo os atos e, uma vez realizado adequadamente este ato, normas de jaez substantivo (material) são utilizadas para fundamentar o que se pede.

Quanto aos recursos essa assertiva permanece válida, na medida em que a postulação recursal deve se ater a determinadas condições estabelecidas no ordenamento jurídico que descreve requisitos a serem observados pelo recorrente ao se insurgir em face de uma decisão judicial, sob pena de, em não sendo observadas essas condições, não ser dado ao julgador o exame do conteúdo da postulação a ele dirigida.

Dada a sua condição de excepcionalidade no sistema recursal, para o adequado manejo do recurso especial, que ostenta natureza excepcional, além dos requisitos genéricos – como o cabimento, a legitimidade, o interesse, a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo –,<sup>189-190</sup> imperioso se faz o preenchimento de requisitos próprios, particulares.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> “Os recursos de estrito direito são veículos que viabilizam aos Tribunais Superiores desempenhar sua incumbência de declarar o sentido e alcance das normas jurídicas. São meios impugnativos nos quais a discussão cinge-se ao aspecto de direito (*quaestiones iuris*), a partir da premissa fática adotada pelo órgão prolator da decisão. Desse prisma, tais recursos são restritivos, porquanto não comportam a discussão sobre as *quaestiones facti*, ainda que a decisão padeça de erro quanto à apreciação das provas constantes dos autos. Daí dizer-se, ordinariamente, que tais recursos não se prestam a afastar a ‘injustiça’ da decisão, ou seja, não se dirigem a atacar ou a discutir aspectos fáticos da causa.” Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

<sup>188</sup> Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 144, p. 261.

<sup>189</sup> Aderindo à classificação proposta por Barbosa Moreira para os requisitos de admissibilidade dos recursos, os dividindo em intrínsecos e extrínsecos, Flávio Cheim Jorge sintetiza: “Por esse mesmo autor, os requisitos intrínsecos são aqueles ‘concernentes à própria existência do poder de recorrer’ e os extrínsecos são aqueles ‘relativos ao modo de exercê-lo’. Por essa classificação os requisitos intrínsecos são: cabimento do recurso; legitimidade para recorrer; interesse em recorrer; inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Já os requisitos extrínsecos são representados pela

Tais requisitos específicos devem ser observados a partir da decisão recorrida que deve ostentar as qualidades de ser final na instância local (tribunal) e de conter a questão de direito federal devidamente prequestionada. Sendo certo que, como adverte Rodolfo de Camargo Mancuso, “os requisitos são mais rigorosos em se tratando dos apelos de caráter excepcional, ditos de direito estrito, em comparação com os

---

tempestividade; regularidade formal e preparo.” Cf. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

<sup>190</sup> Embora o presente trabalho se ocupe do estudo acerca do recurso especial, não figura dentro das suas pretensões o exaurimento de toda a sua matéria, no que tange àquilo que o identifica com os demais recursos cíveis elencados na norma processual, senão importa-nos abordar aquilo que o difere e o destaca como espécie excepcional no sistema recursal civil. Deste modo, para um intenso aprofundamento acerca dos requisitos genéricos comuns aos recursos, remetemos humildemente o leitor às seguintes obras: ALVIM, José Manuel de Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1998 e suas origens*. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ASSIS, Araken. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 11-51. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentário ao código de processo civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. DE SOUZA, Roberto Carvalho. *Recurso especial*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1997. FLEURY, José Theophilo. *Recurso especial e extraordinário*. Curitiba: Juruá, 2008. LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recurso especial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. SARAIVA, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>191</sup> Neste sentido, Berenice Soubhie Nogueira Magri, explana que “os recursos especial e extraordinário têm traços em comuns aos demais recursos, sendo considerados, entretanto, recursos ‘excepcionais’ por possuírem características próprias”. MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial*. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84. Conferir, também, na mesma obra coletiva: RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário (p. 180-221)*, e NEVES, Fernando Crespo Queiroz. *A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (p. 222-249)*.

recursos de tipo comum, como a apelação, onde se pode discutir matéria de fato e de direito e protestar contra a injustiça da decisão recorrida”.<sup>192</sup>

Importante registrar, com esquite na obra de Nelson Luiz Pinto, que a disciplina da admissibilidade do recurso especial, a exemplo do que acontecia com o recurso extraordinário, não prescinde da análise das diversas súmulas editadas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal, cujos enunciados ainda hoje têm influência sobre o recurso especial.<sup>193</sup> Sendo certo, porém, que não é dado ao Superior Tribunal de Justiça, pela via regimentar, estabelecer restrições ao cabimento do recurso especial, como acontecia com o recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal em matéria infraconstitucional, haja vista que o constituinte de 1988 não permitiu tal prática, quando optou por não repetir em seu texto norma autorizativa que constava da anterior Emenda 1, de 1969.<sup>194-195-</sup>

Em essência, os requisitos de admissibilidade do recurso especial estão gravados no dispositivo constitucional que o inaugura, não sendo dado, inclusive, ao legislador infraconstitucional restringir a sua utilização.<sup>196</sup> É o que defende Fernando Anselmo Rodrigues quando diz “inexistir qualquer possibilidade de o legislador ordinário estabelecer que sejam preenchidos certos requisitos, a fim de que os recursos

---

<sup>192</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 111.

<sup>193</sup> Para aprofundamento sobre o tema, verificar: MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial*. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>194</sup> Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 107.

<sup>195</sup> Assim dispunha a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, com redação dada pela Emenda 7, de 13 de abril de 1977: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...]III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do govêrno local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. § 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm) Consultado em: 10/02/2013.

<sup>196</sup> Entretanto, convém registrar que, além da Constituição Federal, a Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990, dispõe em seus artigos 26 a 29 acerca do recurso especial perante o STJ, bem como o próprio Código de Processo Civil – Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, trata do recurso especial em seção própria que inicia no art. 541.

excepcionais tenham seguimento. Isto porque os requisitos de admissibilidade do recurso especial e extraordinário que devem ser considerados são exclusivamente aqueles previstos no texto constitucional”.<sup>197-198</sup>

Vejamos, então, o que dispõe a Constituição Federal acerca do recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça:

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

#### 11.2.1 As causas decididas em única ou última instância

A primeira observação que fazemos leva em conta a expressão “única ou última instância”, contida no mandamento constitucional acima transcrito.

Assim é que o adequado manejo do recurso especial, ora estudado, não prescinde do prévio e efetivo uso pela parte interessada de todos os meios de impugnação (recursos) disponíveis na instância ordinária, em face da decisão que pretende seja cassada, reformada ou integrada.

Por outras palavras: só se pode cogitar da interposição de recurso excepcional, no caso o recurso especial, quando da decisão recorrida não couber mais nenhum recurso de índole ordinária.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Cf. RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário*. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 186.

<sup>198</sup> No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno: “É a Constituição Federal e não a lei quem estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça [...]”. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272.

<sup>199</sup> Neste sentido assevera Leonardo Castanho Mendes: “O julgamento, demais disso, deve revelar decisão de última ou única instância. É dizer, deverão ter sido esgotadas, perante instâncias locais, todas as oportunidades recursais ordinárias que o ordenamento põe à disposição dos interessados. Enquanto for possível sanar as violações à ordem jurídica total mediante recursos destinados às instâncias locais, não



Para Rodolfo de Camargo Mancuso, “a explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos de cúpula judiciária, espraiando a eficácia de suas decisões por todo o território nacional”. E complementa referido autor com auxílio da lógica elementar: “Se esses *Tribunais da Federação* servem para dar a *ultima ratio* sobre a questão jurídica debatida e decidida no acórdão do Tribunal *a quo*, não se compreenderia que tal intervenção se fizesse quando ainda abertas as possibilidades impugnativas nos Tribunais de origem”.<sup>200</sup>

Segundo nos assunta, razão assiste a Mancuso em seu pensamento de aguda logicidade. Já dizia Pontes de Miranda que “é preciso que se tenham exaurido todos os recursos para que a decisão se haja de reputar de última instância”, aludindo claramente à definitividade da decisão recorrida.<sup>201</sup> Ora, se não se trata da derradeira decisão, não há de se cogitar de acionar a extrema jurisdição.

Sempre que for possível a interposição de recurso de natureza ordinária, comum, este deverá ser manejado antes que se possa cogitar da interposição do recurso especial, de estrito direito. É isto o que prevê o enunciado n.º 281 da súmula do Supremo Tribunal Federal, a saber: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”<sup>202</sup> Pela mesma trilha segue o Superior Tribunal de Justiça que, de forma mais específica, elaborou o enunciado n.º 207, para contemplar e prestigiar a necessidade de interposição do recurso de embargos infringentes para selar a discussão em sede ordinária, quando acórdão não unânime reformar sentença de mérito ou julgar procedente ação

---

será cabível o recurso excepcional. A dispensa, pela parte, de qualquer um dos meios ordinário cabíveis torna inviável o recurso excepcional, em qualquer uma de suas versões.” MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

<sup>200</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

<sup>201</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VIII (arts. 539-565). São Paulo: Forense, 1975, p. 34.

<sup>202</sup> Este enunciado n.º 281 da súmula do STF foi elaborada antes do advento da Constituição Federal de 1988; portanto, quando o recurso extraordinário ainda aglutinava em seu cabimento a apreciação de ofensas à lei federal infraconstitucional, matéria hoje atribuída ao recurso especial.

rescisória;<sup>203</sup> vejamos: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.”

O mesmo se aplica ao recurso de embargos de declaração que, necessariamente, deve ser interposto quando verificável no acórdão objurgado algum dos defeitos elencados nos incisos I e II do art. 535 do Código de Processo Civil.<sup>204</sup> Porém, no que tange à interposição dos embargos de declaração, dois enunciados da súmula do Superior Tribunal de Justiça ganham evidência por guardarem aptidão para obstarem o conhecimento do recurso especial. São eles os enunciados 211 e 418.

O primeiro deles, o enunciado n. 211, será objeto de explanação mais adiante, quando tratarmos do prequestionamento, outro requisito constitucional para a adequada utilização do recurso especial. Já quanto ao enunciado n.º 418, temos que o mesmo assevera: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

Referido enunciado proclama hipótese de intempestividade (extemporaneidade ou prematuridade) do recurso especial interposto quando pendente de publicação o resultado de recurso de embargos de declaração manejado em face do acórdão objurgado.

Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues criticam esse entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça, sustentando, dentre outros relevantes argumentos, que a interposição de recurso antes da intimação não pode levar ao seu não conhecimento por intempestividade, haja vista que embora a regra da intimação seja fator de segurança para as próprias partes, é claramente possível se alcançar a ciência inequívoca da decisão antes de verificado o ato formal da intimação,

---

<sup>203</sup> O art. 498 do Código de Processo Civil traz disposições acerca do prazo para interposição do recurso especial na hipótese de manejo dos embargos infringentes, que não podem ser olvidadas: “Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgado unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos. Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.”

<sup>204</sup> “Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

o que já seria o bastante para a interposição do recurso típico. E também porque, no que tange especificamente aos recursos de estrito direito, está equivocado o entendimento de que só se exaure a instância ordinária com a interposição dos embargos de declaração.<sup>205</sup>

É que “quando o legislador constitucional limitou o cabimento dos recursos excepcionais às ‘causas decididas em única ou última instância’, o que objetivou foi impedir a interposição de recursos *per saltum*, de modo a evitar que as partes porventura se socorressem da Cortes Superiores antes de esgotar todas as vias disponíveis para *reforma* ou *anulação* da decisão judicial. É assim que deve ser compreendida a famigerada necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias”; reforçam Cheim e Abelha.<sup>206</sup>

Não por outra razão assevera Heitor Vitor Mendonça Sica que, caso se entendesse pela indispensabilidade do recurso de embargos de declaração, “rigorosamente, jamais, a instância ordinária estaria esgotada, pois podem-se opor embargos declaratórios indefinidamente contra cada acórdão que por sua vez julgar outros embargos de declaração”.<sup>207-208</sup>

Apesar das críticas da doutrina, o fato é que referido entendimento que exige a reiteração do recurso especial interposto na pendência de publicação do acórdão que aprecia o recurso de embargos de declaração se encontra em franca aplicação no

---

<sup>205</sup> Cf. JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apontamento sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores: Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: 2011, p. 384-394.

<sup>206</sup> JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apontamento sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores: Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: 2011, p. 393.

<sup>207</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recurso intempestivo por prematuridade?* In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144.

<sup>208</sup> No mesmo sentido e, inclusive, citando o mesmo autor: JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apontamento sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores: Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: 2011, p. 384-394.

âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de modo que deve haver redobrada cautela quando do manejo do recurso especial, adotando-se a diligência para ratificá-lo acaso sobrevenha posterior publicação de acórdão que examinara recurso aclaratório, ainda que este não logre modificar o conteúdo do acórdão recorrido.<sup>209-210</sup>

De *lege ferenda*, assinala Athos Gusmão Carneiro que “pelo projeto do novo Código de Processo Civil, em início de tramitação (agosto de 2010) no Senado, onde tomou o número 166/2010, desaparecerão os problemas ligados ao recurso prematuro, porquanto o art. 174, parágrafo único, do Projeto, dispõe expressamente que ‘não são intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo’”.<sup>211-212</sup> Convém informar que referida ‘norma’, quando do relatório-geral do Senador Valter Pereira, teve sua redação reformulada e foi, também, renumerada, passando a estampar o § 1.º do art. 186,<sup>213</sup> e, atualmente, agora já na Câmara dos Deputados, por ocasião do relatório-geral do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, sofreu nova renumeração, passando a constar tal disposição do § 1.º do art. 200, cujo teor é o seguinte:

---

<sup>209</sup> Neste sentido: AgRg nos EDcl no AREsp 8.478/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 27/02/2013; AgRg no AREsp 23.363/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012; AgRg no AREsp 205.698/PR, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013; REsp 1224129/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 08/11/2012.

<sup>210</sup> Também o Supremo Tribunal Federal vem adotando o mesmo posicionamento a respeito do recurso extraordinário: “RECURSO. Embargos de declaração. Recurso interposto antes da publicação no Diário da Justiça. Extemporâneo. Não conhecimento. Não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça. (ARE 666713 AgR-ED, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012)”. No mesmo sentido, confira-se o RE 376596 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 19-11-2012 PUBLIC 20-11-2012, onde são citados os seguintes precedentes: AI nº 329.359-AgR, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 14.12.01; AI nº 508.525-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 4.11.05; AI nº 448.152-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 22.8.03; RE nº 447.090-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 24.6.05; ARE nº 638.700-AGR-ED, Plenário, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 11.9.2012; RE nº 449.671-AgR-EDv-AgR, Plenário, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 16.12.2010; RE nº 421.232-AgR-ED, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.5.2009; e AI nº 497421-AgR-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 29.2.2008.

<sup>211</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: 2011, p. 84.

<sup>212</sup> Assim dispunha a redação original do Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010: “Art. 174. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão, de forma contínua, somente os úteis. Parágrafo único. Não são intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo.”

<sup>213</sup> Vejamos como ficou a redação: “Art. 186. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis. §1º Não se consideram intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo. §2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro, quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Fazenda Pública, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.”

Art. 200. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis.

§ 1º Não se consideram intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro, quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Fazenda Pública, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Há que se referir, ainda, para finalizar a abordagem do requisito do esgotamento da instância ordinária, que, ao contrário do que ocorre com o recurso extraordinário, o recurso especial só é cabível de decisão dos “Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios” (art. 105, inc. III, CF).

Isso implica em reconhecer não ser cabível o recurso especial em face de decisão colegiada das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, bem como não ser possível o manejo do recurso especial em face da decisão monocrática fulcrada no art. 34 da Lei 6.830/80, que dispõe acerca da cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública; ao contrário do que se passa com o recurso extraordinário, que, por sua vez, se presta como remédio impugnativo para tanto, nos termos do enunciado n.º 640 do Supremo Tribunal Federal: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”

Isso porque, apesar de se tratar de decisões de última ou única instância, não foram proferidas pelos tribunais a que se referiu a Constituição Federal em seu inciso III, do art. 105.<sup>214</sup> Trata-se de opção do legislador constituinte, que deve ser respeitada e que, inclusive, foi objeto de entendimento sumulado pelo enunciado n.º 203 do Superior Tribunal de Justiça: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.”

Essa peculiar circunstância, como bem lembra Athos Gusmão Carneiro, pode dar azo a graves problemas, haja vista que não é salutar para o ordenamento a existência de uma “corte” ordinária cujas decisões estejam imunes a revisão pelo

---

<sup>214</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

Tribunal da Federação em matéria infraconstitucional.<sup>215</sup> É que, sob essa perspectiva, os Juizados Especiais Estaduais seriam alçados ao patamar de igualdade com o Superior Tribunal de Justiça, podendo decidir definitivamente, segundo seu entendimento, qual o sentido deve ser atribuído ao direito federal infraconstitucional, sem que houvesse possibilidade de posterior reforma dessa decisão, dado não ser cabível o recurso especial.<sup>216</sup>

Colmatando essa lacuna, foi editada no Superior Tribunal de Justiça a Resolução n.º 12, de 14 de dezembro de 2009, que prevê expressamente a reclamação<sup>217</sup> com o propósito de proporcionar a adequação das decisões dos Juizados Especiais Estaduais aos seus precedentes, preservando, com isso, a autoridade de suas decisões e competência.

Neste sentido reforçam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, asseverando que:

“Ao STJ compete uniformizar a jurisprudência nacional em matéria de legislação federal. Essa é uma de suas atribuições constitucionais. Se os órgãos dos Juizados Estaduais estão a deixar, sistematicamente, de seguir a orientação ministrada pelo STJ, cabe a reclamação constitucional, a fim de garantir a incolumidade da principal função daquela Corte Superior. E, pela teoria dos poderes implícitos, deve-se conferir ao STJ a atribuição de fazer impor sua autoridade de órgão jurisdicional destinado a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional”.<sup>218</sup>

### 11.2.2 O prequestionamento

---

<sup>215</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

<sup>216</sup> Ressalva-se que os Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública, criados pela Lei n.º 12.153/09, dispõem do pedido de uniformização de jurisprudência para o STJ como mecanismo revisão dos seus julgados pelo STJ (arts. 18 e 19).

<sup>217</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]”. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

<sup>218</sup> Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 475.

Como já tivemos oportunidade de adiantar, o prequestionamento nada mais é do que uma decorrência da literalidade do texto constitucional, onde se lê que cabe recurso especial das “causas decididas”. De modo que só se revisará o que foi decidido anteriormente, e o que foi decidido, por consectário lógico, restou apreciado e do teor do acórdão há de constar.

Nelson Luiz Pinto traça com precisão a origem da exigência do prequestionamento em nosso direito, registrando que desde a Constituição de 1891 tal requisito se fazia presente, na esteira do que previa a alínea ‘a’ do § 1.º do seu art. 59, a saber: “Art. 59. [...] § 1.º Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal dos Estados for contra ela;”. Informa, ainda, referido autor, que tal redação fora mantida na reforma constitucional de 1926 (art. 60, §.º, a), assim como nas Constituições de 1934 (art. 76, III, b), de 1937 (art. 101, III, b) e de 1946 (art. 101, III, b), não tendo, por outro lado, vigorado o uso da expressão “questionar” nas constituições posteriores, a exemplo da atual Constituição Federal de 1988.<sup>219</sup>

Com apoio na lição de Alfredo Buzaid, ressalta Nelson Luiz Pinto, porém, que o abandono da utilização da expressão “questionar” não implica na dispensa do requisito do prequestionamento, uma vez que “a idéia do prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24.9.1789”.<sup>220</sup> E dispara referido autor:

Vê-se, pois, que o prequestionamento da questão objeto do recurso extraordinário *lato sensu* é da própria natureza desse recurso, exigido desde a sua origem, inclusive no direito comparado, não sendo uma invenção ou mecanismo criado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, como forma de reduzir o número de recursos admitidos, como pode parecer para alguns.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 179.

<sup>220</sup> BUZOID, Alfredo *apud* PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 179.

<sup>221</sup> Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 179.

Além do mais, acreditamos que o desuso da expressão “questionar” em nada prejudica a compreensão da exigência do requisito do prequestionamento, também, como decorrência da literalidade do texto constitucional atual, que contempla a expressão “decidida” que adjetiva a expressão “causa”.<sup>222</sup> É que, ao contrário do que já se chegou a cogitar, prequestionar não mais corresponde a uma atividade da parte de ter desde as instâncias iniciais suscitado determinada questão federal, como pedra fundamental a posteriormente ensejar o adequado manejo do recurso de estrito direito.<sup>223</sup>

Eduardo Ribeiro de Oliveira denuncia essa equivocada forma de pensar e atribui esse equívoco à pluralidade de sentidos que suscita o termo “prequestionar”, sendo categórico ao afirmar que o prévio debate não significa prequestionamento e que se afigura “melhor reconhecer que não há realmente necessidade de que o tema haja sido levantado antes de proferida a decisão”.<sup>224</sup>

Portanto, a essência do que se entende por prequestionamento não passa pela observação de terem as partes, antes da decisão, levantado questionamento acerca

---

<sup>222</sup> Sustentando que o prequestionamento é essencialmente uma ação questionadora prévia, a cargo das partes, José Miguel Garcia Medida aponta que o prequestionamento não está previsto na Constituição Federal de 1988, que, por sua vez, apenas que a questão federal conste da decisão recorrida, o que é algo diverso do prequestionamento: “O prequestionamento, contudo, não é previsto na Constituição Federal. Diante disso, há, na doutrina, fortes vozes que questionam a constitucionalidade do requisito. Com efeito, não se pode dizer que o prequestionamento se encontra previsto na Constituição Federal atual. A concepção do prequestionamento traçada no subitem precedente revela que, para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale ao prequestionamento, o qual deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida. Não se pode afirmar, contudo, sem maiores ponderações, que a exigência do prequestionamento é inconstitucional. Apesar de não previsto na Carta Magna, o prequestionamento não a viola, vale dizer, encontra-se em consonância com os preceitos constitucionais que erigem o recurso extraordinário e o recurso especial.” Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 281-282.

<sup>223</sup> José Miguel Garcia Medida relaciona as diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento, colhidas na jurisprudência remota: “*Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do tribunal a respeito.” Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 276.

<sup>224</sup> Cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 248-249.



do direito federal infraconstitucional. A pedra de toque para a verificação de ter havido ou não o necessário prequestionamento volta-se à decisão, que, por sua vez, deve ostentar a questão federal, ainda que não tenha havido o prévio debate das partes ao seu respeito.<sup>225</sup> É o que assevera o enunciado n.º 282 da súmula do Supremo Tribunal Federal, quando diz: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Importa, então, que a decisão traga consigo, no caso do recurso especial, a questão federal infraconstitucional devidamente enfrentada e decidida. Pois, conforme se indagou José Saraiva: “como pode ser verificada a correta aplicação de determinadas normas nacionais se elas não foram utilizadas pela decisão recorrida na solução da controvérsia?”<sup>226</sup>

Para tanto, imprescindível observar que acaso o tribunal de origem venha a se omitir acerca do enfrentamento da questão federal infraconstitucional, incabível será o manejo do recurso de estrito direito por não restar exaurida a instância ordinária, bem como porque ausente estará o prequestionamento, conforme já sedimentou o Supremo Tribunal Federal em sua súmula: “356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Vale lembrar que essa omissão não se subsume à falta de indicação, na decisão recorrida, do dispositivo legal tido por afrontado. Em verdade, afigura-se absolutamente desnecessária a menção a dispositivo legal algum para que se tenha por havido o prequestionamento, como bem expõe exemplificadamente Eduardo Ribeiro de Oliveira:

---

<sup>225</sup> Neste sentido esclarece Teresa Arruda Alvim Wambier, com simplicidade e objetividade: “A noção de prequestionamento, como se sabe e como o próprio vocábulo sugere, nasceu como sendo fenômeno que dizia respeito à atividade das partes. As partes é que ‘questionam’, *discutem* ao longo do processo sobre a questão federal ou constitucional. A noção de prequestionamento passou a referir-se, ao longo do tempo, à necessidade de que *constasse da decisão impugnada a questão federal ou constitucional.*” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

<sup>226</sup> SARIAVA, José. *Recurso especial e o STJ.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248.

“A violação de determinada norma legal ou o dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, haja sido o dispositivo expressamente mencionado no acórdão. Decidida a questão jurídica a que ele se refere, é o quanto basta. No trabalho já citado lembramos o exemplo de o julgado negar que a hipótese era de litisconsórcio necessário quando disso, entretanto, era caso. Manifesto que violado o contido no artigo 47 do Código de Processo Civil, muito embora a ele não haja feito menção. Uma coisa é não considerar a necessidade da presença do litisconsorte; outra, tê-la como dispensável, ainda que não se invoque a disposição legal a isso concernente. No primeiro caso, por falta de prequestionamento, não haverá cogitar de infringência daquele dispositivo; no segundo, poderá ter-se verificado, malgrado não haja alusão à norma que, entretanto, foi desconsiderada.”<sup>227</sup> [sic]

Convém observar, que na hipótese de a questão de direito federal constar da decisão, pois nela fora enfrentada, ainda que não conste a indicação do seu dispositivo legal, a doutrina denomina essa circunstância de prequestionamento implícito, em contraposição ao prequestionamento expresso, quando há a expressa e direta indicação do dispositivo de lei.<sup>228</sup>

Então, uma vez verifica a omissão na decisão recorrida, necessário se fará a interposição de embargos de declaração com o propósito de provocar a integração do julgado, para que este venha a contemplar a questão federal que será objeto do recurso de estrito direito. Já tendo decidido o Superior Tribunal de Justiça que os “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório” (enunciado n.º 98 da súmula do STJ), com o que fica resguardado o direito de petição das partes contra abusos tendentes a o encabular.<sup>229</sup>

Porém, o que acontecerá se, apesar de adequadamente interposto os embargos de declaração, ainda assim, não for suprida a omissão apontada? Luís Fernando Balieiro Lodi defende que, nesta hipótese, “os embargos de declaração não

---

<sup>227</sup> Cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Pquestionamento*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 252.

<sup>228</sup> Neste sentido anota Teresa Arruda Alvim Wambier. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 214.

<sup>229</sup> Adverte Athos Gusmão Carneiro, que “esta súmula, embora seus méritos, está apresentando, como dissemos, um perverso e imprevisto efeito colateral: o estímulo aos litigantes para a apresentação, quando menos por prudência, de embargos declaratórios (frequentemente desnecessários), com manifesto aumento de trabalho dos tribunais de segundo grau”. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57.

providos geram o prequestionamento”, que, no caso, seria ficto.<sup>230</sup> E parece ser este o entendimento vigente no Supremo Tribunal Federal, no que tange ao recurso extraordinário, conforme lecionar de Athos Gusmão Carneiro que, por sua vez, nos revela haver uma divergência de entendimentos entre o proceder da nossa Corte Suprema em face do agir do nosso Tribunal da Cidadania:

“Conclui-se, pois, que atualmente temos dois sistemas quanto aos embargos de declaração opostos a acórdão alegadamente omissos: o do Supremo Tribunal Federal, expresso na Súmula n. 356, e o do Superior Tribunal de Justiça, revelado na Súmula n. 211.

Pelo primeiro, considera-se não prequestionada a questão sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios; se, todavia, tais embargos foram manifestados, e ainda que o tribunal de segundo grau se recuse a suprir a omissão (v.g., por considerá-la inexistente), nada mais se deve exigir da parte e a Corte Suprema terá a matéria como objeto de (virtual) prequestionamento.

Já o Superior Tribunal de Justiça fixou posição através da Súmula n. 211, *verbis*:

*Súmula n. 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*<sup>231</sup>

A posição do Superior Tribunal de Justiça, estampada no enunciado n.º 211 da súmula de sua jurisprudência, a respeito do recurso de embargos de declaração não providos para suprir omissão e, com isso, obter o prequestionamento da questão federal é extremamente técnica e, por isso, impõe ao recorrente um verdadeiro trabalho em dobro. É que deverá o recorrente, dada essa perplexa circunstância, interpor recurso especial com fulcro na contrariedade à lei adjetiva civil, ou seja, por violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, de modo que, provido o recurso especial, anular-se-á o acórdão proferido nos embargos para que outro seja, então, prolatado.<sup>232-</sup>

233

---

<sup>230</sup> Cf. LODI, Luís Fernando Balieiro. *Dos embargos declaratórios prequestionadores*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 447.

<sup>231</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56-57.

<sup>232</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57.

<sup>233</sup> Neste sentido reforça Teresa Arruda Alvim Wambier, esclarecendo que “este há de ser, portanto, o primeiro dos fundamentos do recurso extraordinário ou especial: não foram admitidos ou foram tidos como improcedentes embargos de declaração que eram admissíveis e aos quais dever-se-ia necessariamente ter dado provimento.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 217.

Feitas essas considerações, o que precisa ficar claro a respeito do prequestionamento é que se trata de requisito decorrente da própria natureza excepcional dos recursos de estrito direito, a exigir que a questão federal infraconstitucional, no caso do recurso especial, tenha sido objeto de decisão, isto é, tenha sido enfrentada no acórdão objurgado e que, por razões óbvias, deve a contemplar em seus termos, com o que restará aberta a instância extraordinária.

### 11.3 Aptidão do recurso especial

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, inc. III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da CF). Estes são o fundamento e as hipóteses de cabimento do recurso especial, que revelam a sua aptidão.

#### 11.3.1 O direito federal infraconstitucional

De início se faz imperioso observar que das hipóteses de cabimento estampadas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, verifica-se a preocupação pela preservação, única e exclusiva, do entendimento a ser atribuído à ordem jurídica federal infraconstitucional, quando se valeu o legislador constituinte da expressão “tratado ou lei federal”.

Desse modo, o recurso especial se revela mecanismo hábil a rechaçar ameaça a “tratado ou lei federal”, devendo-se entender por esta expressão, segundo Casio Scarpinella Bueno, “não só as leis provenientes no Congresso Nacional (leis em sentido formal e substancial) mas também leis que o são apenas em sentido substancial,

como se dá com as medidas provisórias, com os decretos autônomos e, mesmo, com os regulamentares editados pelo Presidente da República”.<sup>234</sup>

A partir daí podemos concluir que a existência de uma possível violação à lei federal é indispensável para o adequado manejo do recurso especial, sendo, por outro lado, incabível a sua interposição com a pretensão de preservar a incolumidade de direito local<sup>235</sup> ou atos normativos secundários como, por exemplo, os regimentos internos dos Tribunais, resoluções, instruções normativas, provimentos da OAB, portarias de Ministérios, atos declaratórios da Secretaria da Receita Federal, ou regulamentos de autarquias, agências reguladoras ou resoluções do Banco Central.<sup>236</sup>

Gleydson Kleber Lopes de Oliveira faz importante observação no que tange à identificação da questão federal infraconstitucional, pois, “na hipótese de a lei federal repetir preceito integrante da Constituição Federal – de que é exemplo a discussão sobre direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada –, considera-se a matéria como constitucional, sendo admissível o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e não o especial ao Superior Tribunal de Justiça”.<sup>237</sup>

Essa hipótese nos remete a outra que exige redobrada atenção quando do manejo do recurso especial e diz respeito à atração do enunciado n.º 126 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Por esse entendimento “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.<sup>238</sup> Portanto, verificável que o acórdão recorrido contempla mais de um fundamento, um de natureza infraconstitucional e outro constitucional, a correta insurgência em face dessa decisão impõe, por lógica elementar,

---

<sup>234</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

<sup>235</sup> Assim prevê o enunciado n.º 280 da súmula do STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

<sup>236</sup> Neste sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

<sup>237</sup> Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 237.

<sup>238</sup> O Supremo Tribunal Federal adota o mesmo posicionamento que está estampado no enunciado n.º 283 da sua súmula, a saber: “É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

que ambos os fundamentos sejam impugnados, devendo o recorrente interpor simultaneamente os recursos extraordinário e especial.<sup>239</sup>

Porém deve-se advertir, ainda, acerca da possibilidade de, apesar de se sustentar a pretensão de preservação da incolumidade de “tratado ou lei federal”, mesmo assim, pode não ser mesmo possível a interposição do recurso especial. É que decidiu o Supremo Tribunal Federal que os recursos excepcionais têm cabimento nas causas em que o Poder Judiciário exerça a sua função institucional típica (contenciosa ou voluntária), não sendo cabível, portanto, recurso de estrito direito em face de decisões tipicamente administrativas ou decorrentes da atividade de autogoverno do Poder Judiciário e da magistratura.<sup>240</sup>

Segundo pontuou o Ministro Celso de Melo, citado por Athos Gusmão Carneiro, “a expressão ‘causa’ designa, na realidade, qualquer procedimento em que o Poder Judiciário, desempenhando a sua função institucional típica, resolve ou previne controvérsias mediante atos estatais providos de *final enforcing power*”.<sup>241-242</sup> Daí se afirmar não ser cabível a interposição de recurso extraordinário ou especial de decisões proferidas no processamento de suscitação de dúvida por oficial de registro público, no pedido de intervenção estadual em Município, em pedido de averbação em tempo de serviço na magistratura, em precatório, etc. Haja vista não se tratar do exercício da atividade típica jurisdicional.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Cf. FLEURY, José Theophilo. *Fundamento suficiente: prejudicialidade do recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 325.

<sup>240</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

<sup>241</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

<sup>242</sup> Nelson Luiz Pinto tratando do tema, expõe que “Roberto Rosas tem estudo específico sobre a expressão ‘causa’, como pressuposto do recurso, onde analisa a evolução de seu sentido desde o direito romano. Cita Roberto Rosas as definições de *causa* dadas por Pereira e Souza, Pedro Lessa, João Barbalho, Rui Barbosa, Pontes de Miranda, José Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos, José Afonso da Silva e Castro Nunes, para, finalmente, também concordar com este último, no sentido de que a expressão *causa* deve ser entendida com ampla compreensão”; ou seja “causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processo de jurisdição contenciosa como em processo de jurisdição voluntária”. Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

<sup>243</sup> Esse entendimento restou sedimentando no enunciado n.º 733 da súmula do STF, que diz: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”

### 11.3.2 Contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal

O recurso especial, na senda do que prevê a alínea ‘a’ do permissivo constitucional, mostra-se adequado quando se alegar que a decisão recorrida contraria tratado ou lei federal, ou lhes nega vigência.

Sustenta Bernardo Pimentel Souza tratar-se de permissivo genérico que engloba os demais, tidos por específicos. Desse modo, a interposição do recurso especial pela alínea ‘a’ já seria o suficiente para garantir a ampla discussão acerca da questão federal infraconstitucional, embora não negue este autor a utilidade do aviamento do recurso especial com espeque em mais de um dos seus requisitos autorizadores.<sup>244</sup>

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier inauguram posicionamento próprio acerca da alínea ‘a’ em comento, atribuindo-a status de *fundamento* do recurso especial, isso com exclusividade. É que para estes autores as demais alíneas do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, encerram hipóteses de cabimento que não prescindem daquele *fundamento*, de modo que não se faz possível a admissão do recurso especial apenas arrimado nas alíneas ‘b’ e/ou ‘c’. Dada a peculiaridade do pensamento, oportuna se faz a transcrição:

“Os dispositivos constitucionais que prevêm o fundamento e as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial são os arts. 102, III, e 105, III.

Entendemos que o único fundamento destes recursos é a alegação de contrariedade à norma constitucional ou federal-infraconstitucional, a que se referem as alíneas *a* dos incisos III dos arts. 102 e 105 da Constituição. Às demais situações previstas nas alíneas seguintes dos incisos III dos dois dispositivos constitucionais chamamos de hipóteses de cabimento, pois, segundo nos parece, os recursos extraordinário e especial não podem ser interposto e, rigorosamente, não podem ser admitidos se baseado nas letras *b* e seguintes, isoladamente. Diante disso, as alíneas *b* e seguintes são desdobramentos ou especificações da letra *a*.”<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 162.

<sup>245</sup> Cf. MEDINA, Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

Cássio Scarpinella Bueno, por sua vez, assevera que cada uma das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição Federal precisam ser compreendidas como perspectivas diversas da questão federal, dando-nos a entender que a causa decidida pode ser reexaminada sob cada uma dessas perspectivas, não havendo, portanto, uma relação de dependência ou preferência entre elas. Por outras palavras: possível será aviar o recurso especial com espeque em qualquer das hipóteses de cabimento contidas no permissivo constitucional, ainda que isoladamente.<sup>246</sup>

Acreditamos que essa pluralidade de pensamentos acerca do permissivo constitucional do recurso especial estampado na alínea ‘a’ pode ser atribuída à generalidade de sentido que atinge a expressão “contrariar”, inclusive para abarcar a outra expressão também lá contida, qual seja: “negar vigência”.<sup>247</sup> É que se afigura possível, sim, a compreensão de que a toda e qualquer forma de se encabular o sentido ideal da questão federal infraconstitucional, encerra uma medida de contrariedade a ela.<sup>248-249</sup>

Neste sentido pondera Roberto Carvalho de Souza, com apoio em Sálvio de Figueiredo Teixeira, em trecho que vale a transcrição:

“Pode-se afirmar, portanto, que a expressão *contrariar*, empregada no permissivo constitucional, tem o mesmo sentido de negar vigência, ou, como refere Sálvio de Figueiredo Teixeira, de ‘evitar a inobservância do direito federal, o seu descumprimento. *Contrariar a lei é, em última análise, o mesmo que tê-la por inexistente, negar-lhe vigência, deixar de aplicá-la ou violá-la*’ – grifos apostos pelo autor.”<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

<sup>247</sup> “Pensamos que ‘contrariar’ um teto tem um senso mais largo e abrangente do que ‘negar-lhe vigência’. A *extensão* daquele primeiro termo é maior, chegando mesmo a abarcar, em certa medida, o outro; depois, a *compreensão* dessas locuções é diversa: ‘contrariar’ tem uma conotação mais difusa, menos contundente; já ‘negar vigência’ sugere algo mais estrito, mais rígido.” Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

<sup>248</sup> “Em reforço, o verbo ‘contrariar’ inserto no artigo 105, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal de 1988 tem significado amplo. Com esteio na contrariedade, é possível discutir a incidência, ou não, do dispositivo na espécie, assim como a sua correta aplicação.” Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 166.

<sup>249</sup> “A contrariedade é mais ampla e encampa a negativa de vigência ao tratado ou à lei federal. Assim, como dito em relação ao recurso extraordinário, tem-se a contrariedade quando a lei é desobedecida, aplicada indevidamente, interpretada de forma errônea, de modo a conferir um mandamento distinto do seu verdadeiro conteúdo.” Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 231.

<sup>250</sup> Cf. SOUZA, Roberto Carvalho de. *Recurso especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.



Daí o pensamento de que, sempre que se arguir em sede de recurso especial o seu cabimento pelas alíneas ‘b’ e/ou ‘c’, também se estaria tratando da contrariedade à questão federal infraconstitucional, ou seja, da alínea ‘a’, que, pela extensão do significado da expressão “contrariar”, engloba e justifica as demais hipóteses de cabimento, servindo como verdadeiro e único fundamento do recurso especial.<sup>251</sup>

A finalidade primordial do recurso especial fulcrado na contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal, reside no fato de ser um mecanismo de controle da juridicidade do fundamento das decisões proferidas pelos nossos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios ou Tribunais Regionais Federais, em última ou única instância ordinária. Permite, portanto, a verificação da correção sobre a operação lógico-jurídica do julgador ordinário, no que tange à aplicação da questão federal infraconstitucional.<sup>252</sup>

Por isso exige-se, para a verificação do cabimento pela sua alínea ‘a’ do permissivo constitucional, que a contrariedade seja direta, a tratado ou lei federal. Isso implica em dizer, com Rodrigo Barioni, que “se for necessário ao Superior Tribunal de Justiça imiscuir-se no âmago da legislação estadual, não será possível reconhecer a ofensa direta à norma federal, mas tão somente ofensa reflexa, que não autoriza o cabimento do recurso especial”.<sup>253</sup>

Assim, por exemplo, decisão de Tribunal de Justiça que entenda pela aplicação de lei local supostamente revogada por lei posterior, não enseja ofensa direta à

---

<sup>251</sup> Este é o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Já sustentamos que as alíneas *b* e *c* deveriam ser uma espécie de ‘subalíneas’ (se existisse esta figura...), já que são especificações da letra *a*.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 257.

<sup>252</sup> A esse respeito adverte José Saraiva: “Como consequência desse mister, é seu objetivo informar a todos os órgãos judiciais qual a correta interpretação do direito federal, o que serve, também, de orientação aos profissionais da área jurídica e aos jurisdicionados, a fim de evitar o autocompor litígios. Têm sido relegados a segundo plano esses aspectos reflexos das manifestações judiciais em recurso especial, seja porque os demais tribunais da federação não têm conferido a devida importância à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja porque este Pretório tem, com certa frequência, manifestado decisões que não refletem a *síntese axiológica da nação* a respeito do entendimento e da aplicação do direito federal. Em razão disso, inclusive, tem aumentado o grau de divergência interna naquela Corte Superior. Tudo isso tem contribuído para a incerteza reinante na identificação da correta aplicação de muitas normas federais.” Cf. SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165-166.

<sup>253</sup> BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

norma federal estampada no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42), que prevê que não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, sendo que a lei posterior há de revogar a anterior quando o faça expressamente, quando se incompatibilize com esta ou quando regule inteiramente a matéria desta.<sup>254</sup> A explicação é a seguinte: “para averiguar a validade da lei local aplicada pelo órgão *a quo*, o Superior Tribunal de Justiça teria de analisar diversos aspectos da lei estadual: se a lei posterior efetivamente conflita em seu conteúdo com a lei anterior; se a nova lei foi considerada válida; se há outra lei que regula a matéria etc”.<sup>255</sup>

Destarte, afigura-se reflexa a contrariedade à norma federal infraconstitucional sempre que a sua verificação importar na interpretação de ato normativo secundário, que, por sua vez, não implica questão federal.<sup>256</sup>

A questão federal infraconstitucional, por evidente, está contida na expressão “tratado ou lei federal”, objeto do recurso especial. Ensina-nos a doutrina de Bernardo Pimentel Souza que diante da possibilidade de incorporação ao ordenamento nacional de tratados internacionais, submetidos à ratificação pelo Congresso Nacional e seguidos de posterior processo legislativo próprio, seria dispensável a utilização da expressão “tratado” na Constituição Federal, dado que seriam essas espécies normativas também alcançados pela expressão “lei federal”.<sup>257-258-259</sup>

---

<sup>254</sup> “Art. 2.º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior [...]” Decreto-Lei n.º 4.657/42 – Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB.

<sup>255</sup> Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 236-237.

<sup>256</sup> Neste sentido: AgRg no REsp 1226233/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012; AgRg no REsp 1160582/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 26/09/2011; REsp 857137/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 13/09/2010; AgRg no Ag 1083848/PA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009.

<sup>257</sup> Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 163.

<sup>258</sup> No mesmo sentido figura Rodrigo Barioni, ao anotar que a previsão destas duas espécies normativas decorre do “fato de serem juridicamente equiparadas, quando o tratado passa a integrar o direito interno”. Cf. BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

<sup>259</sup> Dispõe a Constituição Federal em seu art. 84, inc. VIII, que os tratados serão celebrados pelo Presidente da República, com referendo do Congresso Nacional (art. 49, inc. I, CF), sendo estes, então, equiparados à legislação federal: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII

Importante registrar, ainda, a observação de José Saraiva quanto ao conceito do termo “tratado”, que não deve ser visualizado pelo seu aspecto meramente formal, mas sim material. Vejamos:

“O termo *tratado* não está adstrito a essa nomenclatura de ajuste internacional, mas sim ao seu conteúdo material, pois, como bem lembrado acima, existem outras formas de acordos internacionais que são equiparados ao tratado, sendo diferença apenas na forma ou em relação à técnica internacional ou à cultura dos Estados celebrantes. Por isso não se pode descartar o cabimento do recurso especial ante a contrariedade da decisão recorrida com *convenção*, *acordo*, *ajuste* ou *compromisso*, desde que estes reflitam vontade normativa com repercussão na conduta tanto dos Estados celebrantes quanto na dos sujeitos internos à respectiva jurisdição.”<sup>260</sup>

Voltando-se para a verificação da correta aplicação do direito federal infraconstitucional, já dissemos que o recurso especial não se presta a analisar aspectos fáticos ou probatórios da causa, sendo vocacionado à *quaestio iuris*.<sup>261</sup> Com isso, a questão a ser suscitada acerca da violação do direito federal infraconstitucional há de cingir-se a aspectos jurídicos da causa, e não ao seu contexto fático-probatório.

A nossa afirmação parece sim muito óbvia, porém ganha contornos de grande importância dado que a tarefa de identificação do que seja questão de fato e do que encerra questão de direito se afigura de difícil solução.<sup>262</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier reconhece, em verdade, a absoluta impossibilidade desta distinção “pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno *direito* ocorre, de fato, no momento da incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”.<sup>263</sup>

---

– celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” Constituição Federal de 1988.

<sup>260</sup> Cf. SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179-180.

<sup>261</sup> “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Enunciado n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

<sup>262</sup> Reconhece Teresa Arruda Alvim Wambier essa circunstância, quando afirma ser “conhecida a dificuldade existente em separarem-se questões de fato e questões de direito”. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 448.

<sup>263</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 449.

É dizer com Paulo Nader, apoiado na teoria de Miguel Reale, que toda experiência jurídica pressupõe inevitavelmente três fatores: fato, valor e norma, isto é, “um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo”, o que implica em dizer que o “Direito não possui uma estrutura simplesmente factual, como querem os sociólogos; valorativa, como proclamam os idealistas; normativa, como defender os normativistas. Essas visões são parciais e não revelam toda a dimensão do fenômeno jurídico. Este congrega aqueles componentes, mas não em uma simples adição. Juntos vão formar uma síntese integradora, na qual ‘cada fator é explicado pelos demais e pela totalidade do processo’”.<sup>264</sup>

Porém, apesar dessa impossibilidade de distinção ontológica, pondera João Francisco Naves da Fonseca que, “ao menos para efeito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, a distinção entre questão de fato e questão de direito é suficiente, útil e efetivamente possível”; concluindo por registrar que o Miguel Reale já asseverava que a postura de se “reconhecer a tridimensionalidade do fenômeno jurídico de modo nenhum significa negar a importância da distinção entre questão de fato e questão de direito, especialmente para o funcionamento do sistema processual, tal como ele se dá atualmente”.<sup>265</sup>

É nessa esteira que apóia a razão de Teresa Arruda Alvim Wambier quando defende “poder-se falar em questões que sejam predominantemente de fato e predominantemente de direito, ou seja, o fenômeno jurídico é de fato e é direito, mas o problema pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico”.<sup>266</sup>

João Francisco Naves da Fonseca, a nosso ver de maneira muito didática, primeiramente esclarecendo que questão é toda razão capaz de influir no julgamento, caracterizando-se por ser um ponto dúbio de fato ou de direito,<sup>267</sup> prossegue definindo

---

<sup>264</sup> Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 392.

<sup>265</sup> Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

<sup>266</sup> Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 449.

<sup>267</sup> É de Francesco Carnelutti a expressão “*punto dubbio, di fatto o di diritto*”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936, p. 353.

“fato” como sendo o acontecimento ou circunstância concreto, determinado no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior ou da vida psíquica humana; que enseja o suporte para a posterior aplicação do direito objetivo. Assim é que “antes de aplicar a norma jurídica de direito material pretendida pela parte, o juiz deve fixar os fatos sobre os quais aquela haveria de incidir; deve decidir, *v.g.*, se foi emitida ou não uma declaração; se foi escrita ou não uma carta; se é autêntico ou falso um documento *etc*”.<sup>268</sup>

Portanto, a definição dos acontecimentos ou circunstâncias concretos, determinados no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior ou da vida psíquica humana é mister vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, que se presta a examinar a operação lógico-jurídica posterior à definição dos fatos, isto é, verificar “a correta e uniforme aplicação do direito federal pelos tribunais que compõem a federação”.<sup>269</sup> Vale dizer: o legislador constituinte, ao delimitar o alcance da instância extraordinária à questão de direito, chancelou cumprir à instância ordinária a primazia pela definição das questões de fato.

João Francisco Naves da Fonseca sintetiza a questão da seguinte maneira: “Assim, se a dúvida estiver ligada à reconstituição histórica de acontecimentos ou ao correto entendimento de situações passadas ou presentes, a questão é de fato. Caso, no entanto, o ponto duvidoso disser respeito à especificação ou à interpretação da norma jurídica que deve regular a base fática acertada, a questão é de direito.”<sup>270</sup>

### 11.3.3 Declaração de validade de ato de governo local contestado em face de lei federal

A Constituição Federal de 1967, na alínea ‘c’, do inc. III, do seu art. 114 – com redação dada pelo Ato Institucional n.º 6 de 1969 –, dispunha caber recurso extraordinário quando a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de Governo local, contestado em face da Constituição ou lei federal”. Posteriormente a Constituição

---

<sup>268</sup> Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

<sup>269</sup> Cf. SARAIVA, José. *Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 166.

<sup>270</sup> Cf. FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

Federal de 1988 contemplou a hipótese em questão, no que tange à questão federal infraconstitucional, reprisando que compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de recurso especial “sempre que a decisão recorrida ‘julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal’”.<sup>271</sup>

Com a emenda constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, o texto desta alínea ‘b’, do inc. III, do art. 105, foi alterado e hoje conta com a seguinte redação: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”.

Como se pode notar, fora suprimida da hipótese de cabimento do recurso especial pela alínea ‘b’ a decisão que julga válida lei local contestada em face de lei federal. Tal hipótese passou a recheiar a alínea ‘d’, do inc. III, do art. 102, da Constituição Federal, passando a questão, então, para o âmbito do recurso extraordinário: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.<sup>272</sup>

É que, segundo Nelson Luiz Pinto já apontava, a questão de saber se determinada matéria deve ser regulada por lei federal ou local é problema de competência constitucional, pois o que se pretenderia revelar é se houve ou não invasão

---

<sup>271</sup> Cf. PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 122.

<sup>272</sup> Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. I - É pacífico nesta Corte que a via do recurso especial não é própria para a interpretação de preceitos de ordem constitucional. II - Sendo a função precípua do recurso especial velar pela correta aplicação e interpretação de lei federal, necessário se faz que a decisão impugnada tenha analisado o dispositivo legal que se aponta malferido III - A Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, deu nova redação à alínea "b", do artigo 105, da Constituição Federal, para restringir a competência do STJ às causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando "julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal". IV - Agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 777281/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 349).”

da competência legislativa da União.<sup>273-274</sup> Ao que parece, então, o legislador constituinte reparou um equívoco que atribuía ao recurso especial o trato acerca desta questão constitucional, devolvendo-a ao recurso extraordinário, por meio da Emenda Constitucional n.º 45.<sup>275</sup>

Restou ao recurso especial, então, o trato específico acerca do “ato de governo local contestado em face de lei federal”. Anota Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, que “a expressão *julgar válido* remete à necessidade de um *contraste* entre o ato do governo local e uma norma federal”, de modo que “se o ato de governo local foi *julgado válido*, significa que a lei federal restou afrontada”.<sup>276</sup>

Segundo Araken de Assim, trata-se de hipótese de cabimento de recurso especial que se mostra verdadeiramente inócua, haja vista que resta inserida na contrariedade à lei federal, dada a abrangência do permissivo constitucional da alínea ‘a’, que antes abordamos.<sup>277</sup>

Apesar disso, o que se pode dizer acerca do cabimento do recurso especial pela alínea ‘b’ é que visa defender o direito federal diante de ato infralegal local, distinto das leis locais, decretos estaduais, distritais e municipais, que atraem o cabimento do recurso extraordinário (art. 102, inc. III, ‘d’, da CF). Sendo certo que a perspectiva a ser analisada será a da questão federal infraconstitucional, e não a do ato

---

<sup>273</sup> Neste sentido José Carlos Moreira Alves: “na competência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se o recurso especial sob o fundamento de a decisão recorrida ‘julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal’. Ora, as questões de validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas, sim, constitucional, pois se resolvem pelo exame da existência, ou não, de invasão da competência da União, ou, se for o caso, do Estado.” ALVES, José Carlos Moreira, *apud* PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 123.

<sup>274</sup> No mesmo sentido: Cf. OLIVEIRA, Gleydson Kleber de. *Recurso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 239.

<sup>275</sup> Neste sentido é o lecionar de Araken de Assim: “Para dissipar as controvérsias latentes nesse regime dúplice, e potencialmente incômodas nos recursos de estrito direito – por exemplo, o surgimento de dúvida objetiva, quanto ao cabimento de um ou de outro recurso, reclamando a aplicação do princípio da fungibilidade –, a EC 45/2004 excluiu o confronto entre lei federal e lei local da tipologia do recurso especial.” Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 767.

<sup>276</sup> Cf. DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 306.

<sup>277</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 836.

do governo local, uma vez que por ofensa a direito local não cabe recurso excepcional.<sup>278-279</sup>

É o que assinala Athos Gusmão Carneiro ao sintetizar a questão:

“Assim, quando alegado que ato administrativo partido de autoridade estadual, ou de autoridade municipal, configura infringência a alguma norma de lei federal, e a decisão recorrida houver julgado válido o ato do governo local, será cabível, em tese, o recurso especial. Mas se confrontada lei estadual, ou lei municipal, com norma de lei federal, e a decisão recorrida houver dado pela validade da lei local, então admissível o recurso extraordinário.”<sup>280</sup>

11.3.4 Conferir à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

Para a última hipótese de cabimento do recurso especial a Constituição Federal reservou a expressa defesa da uniformidade do direito federal infraconstitucional, na medida em que previu o recurso especial da decisão que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, inc. III, ‘c’, CF).<sup>281</sup>

Segundo Athos Gusmão Carneiro, “busca-se, entre duas diferentes interpretações jurisprudenciais de uma mesma norma legal, fixar qual a exegese que corresponde à *exata vontade da lei* (num determinado momento e contexto históricos), para que essa exegese, além de sua imposição ao caso concreto, passe a servir como orientação aos tribunais de segundo grau, estaduais e federais, e aos magistrados em geral”.<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308-309.

<sup>279</sup> Enunciado n. 280 do Supremo Tribunal Federal: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

<sup>280</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69-70.

<sup>281</sup> “A função uniformizadora da jurisprudência dos Tribunais brasileiros no que diz respeito à interpretação da lei *federal* em todo o território nacional é, neste caso, mencionada expressamente pelo permissivo constitucional.” Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

<sup>282</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.



Também nesta hipótese de cabimento é possível identificar sua continência em relação ao permissivo constitucional da alínea ‘a’, do inc. III, do art. 105 da Constituição Federal; pois também busca debelar *contrariedade* ao direito federal infraconstitucional, na medida em que se vale da apresentação de acórdão paradigma que teria aplicado o direito federal infraconstitucional corretamente a caso semelhante, porém com solução diversa da controvérsia apreciada no acórdão recorrido.

Explica-nos Araken de Assis que essa relação de continência deita origem no antigo dispositivo do recurso extraordinário em matéria infraconstitucional:

“O remédio matriz do especial fundava-se, de um lado, na negativa de vigência, e, de outro, no dissídio jurisprudencial. Deixava descoberto o cabimento na hipótese de contrariedade á lei federal. Então, o antigo recurso extraordinário não cabia perante a má interpretação da lei federal, porque não lhe teria negado vigência – na aplicação estrita da regra. Reparava essa situação a invocação de acórdão de outro tribunal que interpretasse diversamente a mesma questão. Indiretamente, ao conhecer e prover o especial com fundamento no dissídio, o STJ afirmará que ocorreu contrariedade à lei federal.”<sup>283</sup>

Vale dizer que, se por um lado era essa circunstância de não cabimento do recurso extraordinário em matéria infraconstitucional perante a má interpretação da lei federal que alimentava o enunciado n.º 400 do Supremo Tribunal Federal, por outro lado a criação do recurso especial, pela Constituição Federal de 1988, com a previsão do seu cabimento pela contrariedade ao direito federal infraconstitucional, que lhe emprestou grande amplitude, foi responsável por rechaçar o enunciado n.º 400 do Supremo Tribunal Federal: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal.”<sup>284\_285</sup>

---

<sup>283</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 767.

<sup>284</sup> Este enunciado faz alusão a dispositivo da Constituição de 1946.

<sup>285</sup> “Em suma, se em face dos outros textos viável era a distinção, parece que em face do art. 105, III, a, esta não se mostra possível, para albergar o discrimine constante da Súm. 400.” ALVIM, Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 42.

Então cumpre ao recorrente lograr demonstrar, através da divergência de decisões de tribunais distintos, que a decisão recorrida viola o direito federal infraconstitucional.<sup>286</sup> Porém essa violação deve ser objetivamente constatável, o que implica em dizer que pelo menos quatro requisitos devem ser preenchidos pelo recurso especial fulcrado nessa hipótese de cabimento, a saber: identidade do objeto do dissídio; natureza federal do dissídio; atualidade do dissídio; e diversidade de tribunais no dissídio.<sup>287</sup>

A identidade do objeto do litígio é alcançada quando se constata que, tanto o acórdão recorrido, quanto o acórdão paradigma por ventura selecionado, tratam de matéria idêntica e à luz do mesmo direito federal infraconstitucional.<sup>288</sup> A exposição desta identidade se dá por meio do que a jurisprudência chama de “cotejo analítico”, que é o procedimento vislumbrado a partir do que prevê o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e, também, do art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:<sup>289</sup>

“Art. 541. [...] Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

“Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo. § 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio

---

<sup>286</sup> A esse respeito asseverou Roberto Carvalho de Souza: “Por outras palavras, o recorrente não poderá deixar de cuidar da imprescindível caracterização do dissídio de jurisprudência, na tarefa identificadora dos casos confrontados.” Cf. SOUZA, Roberto de Carvalho. *Recurso especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 86.

<sup>287</sup> Neste sentido, ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 837.

<sup>288</sup> Assim se manifesta o Superior Tribunal de Justiça: REsp 1326690/MS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013; AgRg no REsp 1023395/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013; AgRg no REsp 1215172/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013; AgRg no AgRg no AREsp 189.718/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 11/03/2013.

<sup>289</sup> Também a Lei n.º 8.038/90 traz disposição semelhante em seu art. 26, parágrafo único.

advogado, sob sua responsabilidade pessoal; b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. § 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. § 3º São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, b, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento.”

A indicação expressa, específica e detalhada das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados encerra o cotejo analítico, valendo advertir que a mera transcrição de acórdãos não basta para o preenchimento deste requisito, na esteira do que vem decidindo firmemente o Superior Tribunal de Justiça.<sup>290</sup>

Como já dito reiteradas vezes, o dissídio deve ostentar natureza federal, que nada mais é dizer que questão de cunho constitucional ou que envolva a investigação de normas estaduais ou locais, bem como aquelas secundárias, não ensejam recurso especial pela divergência jurisprudencial, que deve ter em vista direito federal infraconstitucional.

O enunciado n.º 83 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispõe que: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” Aqui está revelada a exigência de que haja atualidade na divergência levantada em sede de recurso especial. Neste caso nos parece um tanto óbvia a conclusão de que, tendo a jurisprudência do Tribunal do qual se colheu o acórdão paradigma se curvado à tese exposta pela decisão recorrida, ainda que outrora afirmasse tese diversa já suplantada, inexistente será a divergência.

Porém adverte Araken de Assis que a atualidade do dissídio nada tem a ver com a idade do precedente confrontado, “mas à incidência da *quaestio juris* no presente – por exemplo, julgados envolvendo responsabilidade civil há mais de cinquenta anos, desprezadas as notáveis mudanças sociais e econômicas, refletem posições retrógradas e

---

<sup>290</sup> Por todos, confira-se o seguinte acórdão: AgRg no AREsp 274.440/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013.

há muito vencidas na evolução natural da matéria” – o que implica em dizer que poderá sim se valer o recorrente de vetusto acórdão paradigma com o propósito de demonstrar a divergência jurisprudencial, desde que a questão de direito se apresente contemporânea.<sup>291</sup>

Por derradeiro, temos que a divergência jurisprudencial a que alude a alínea ‘c’ do permissivo constitucional do recurso especial há de ser verificada entre tribunais distintos, na esteira do que pacificou o Superior Tribunal de Justiça com o enunciado n.º 13 da sua Súmula, que diz: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.”

Com isso, não se cogita da indicação de sentença de primeiro grau como decisão paradigma, pois o texto constitucional valeu-se da expressão “outro tribunal”.<sup>292</sup> E para divergência verificada no âmbito do mesmo tribunal, a norma processual civil prevê o incidente de uniformização de jurisprudência com tal finalidade.<sup>293</sup>

Ainda no que tange à imperiosa diversidade de tribunais, Cassio Scarpinella Bueno esclarece que ao se valer da expressão “outro Tribunal”, não quis o legislador constitucional que essa diversidade fosse comprovada mediante cotejo de acórdãos proferidos por tribunais de diferentes Estados da Federação. Vejamos a valiosa lição:

“Para os fins do recurso especial fundamentado na letra ‘c’ do art. 105, III, da Constituição Federal, é apta a divergência, desde que devidamente demonstrada no caso concreto (v. n. 5.1, *infra*) entre acórdãos dos Tribunais de Justiça localizados nas capitais em que se encontram cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais (v. n. 5.1 do Capítulo 3 da Parte II do vol. 1). Antes da sua extinção pela Emenda Constitucional n. 45/2004, outrossim, era válida a divergência existente entre Tribunais de Alçada e de Justiça localizados em um mesmo Estado. A justificativa repousa no que foi destacado pelo parágrafo anterior: não existia e não existe, em tais casos, outro mecanismo (recursal ou não recursal) para viabilizar a uniformidade da interpretação da lei federal, constatação suficiente para que o Superior Tribunal de Justiça desempenhe sua missão constitucional.”

---

<sup>291</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 838.

<sup>292</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 839.

<sup>293</sup> Vide arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil.

## 12 O EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO ESPECIAL

Tendo em vista que já perquirimos acerca da origem, essência e aptidão do recurso especial, cumpre-nos, agora, verificar os limites impostos pela matéria devolvida ao Superior Tribunal de Justiça para julgar o recurso especial e resguardar a uniformidade do direito federal infraconstitucional.

### 12.1 Identidade entre os planos da extensão e profundidade

O efeito devolutivo é atributo que decorre diretamente do conteúdo dos recursos e deve ser compreendido como a obtenção de outro pronunciamento do Poder Judiciário por intermédio do órgão competente.<sup>294</sup>

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “a exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à *extensão* do efeito, o segundo à sua *profundidade*”.<sup>295</sup> E prossegue esclarecendo: “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”.<sup>296</sup>

Importante notar que essas duas faces do efeito devolutivo estão previstas *exclusivamente* na lei processual civil – mais precisamente no Capítulo do Código de Processo Civil que disciplina do recurso de Apelação (art. 515). O *caput* do art. 515 traduz a extensão do efeito devolutivo ao prever que a matéria impugnada pelo recorrente consiste naquilo que se submeterá ao conhecimento do tribunal (*tantum devolutum quantum appellatum*). Já os seus §§ 1º e 2º expressam a profundidade do

---

<sup>294</sup> CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 282.

<sup>295</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 430.

<sup>296</sup> *Idem, ibidem*.

efeito devolutivo, ao possibilitar ao tribunal a apreciação de todas as questões e fundamentos tratados na demanda, ainda que a sentença não os tenha abordado.<sup>297</sup>

Observe-se, e esse aspecto não tem merecido a adequada atenção tanto da doutrina quanto da jurisprudência, que o art. 515 nada mais faz do que estabelecer uma técnica processual para propiciar da maneira mais ampla possível a realização do duplo grau de jurisdição.

O que fez o legislador, em última análise, ao cuidar da profundidade do efeito devolutivo (§§ 1º e 2º do art. 515), foi criar uma técnica que permite que o Tribunal, quando do julgamento do recurso de apelação, encontre-se em situação idêntica àquela em que se encontrava o juiz quando da prolação da sentença.

Estabelecido e fixado o limite de cognição pela impugnação (*caput* do art. 515), o Tribunal terá à sua disposição toda a matéria que poderia ser conhecida, apreciada e decida pelo juiz ao proferir a sentença. Mesmo, portanto, matérias (questões ou fundamentos) que não foram apreciadas são automaticamente devolvidas ao Tribunal, ainda que não tenha havido impugnação da parte quanto a elas.

Cuida-se, efetivamente, de técnica processual voltada exclusivamente a recursos que integram a mesma espécie do recurso de apelação e que possuem no sistema a mesma finalidade, qual seja: a de proteção do direito subjetivo (recursos ordinários).

Exatamente nesse contexto é que surge a possibilidade do conhecimento de ofício das matérias de ordem pública. Reside exatamente na profundidade do efeito devolutivo (§1º, art. 515, do CPC) a técnica processual que leva ao Tribunal, independentemente de impugnação, a análise dessas questões.

---

<sup>297</sup> “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

Este conhecimento encontra-se dentro desse escopo de correta aplicação e correção de decisões que violem o direito subjetivo – e causem, pois, prejuízo às partes do processo.

Com efeito, enquanto que nos recursos ordinários, pelas razões expostas, a cognição será extremamente ampla, notadamente em relação à profundidade do efeito devolutivo, nos recursos extraordinários, dada a sua característica de zelar pela incolumidade do direito objetivo, afigura-se essencial delimitar o seu âmbito de conhecimento estritamente à violação do direito objetivo, devendo, portanto, praticamente se reconhecer como inexistente e inconcebível a bipartição do efeito devolutivo em extensão e profundidade.<sup>298</sup>

Desse modo, haverá uma imprescindível correspondência entre os tratamentos dispensados aos planos de cognição do efeito devolutivo (tanto *extensão* quanto *profundidade*) em sede de recursos extraordinários; o que não acontece, como visto, nas hipóteses de recursos ordinários.

Nos recursos ordinários os alcances dos planos horizontal (extensão) e vertical (profundidade) devem ser concebidos de maneira distinta, admitindo-se limitação à *extensão* pelo princípio dispositivo (escolha pelo recorrente da matéria impugnada, que pode ser total ou parcial), enquanto que para a *profundidade* será sempre ampla a cognição (princípio inquisitivo).

Já quanto aos recursos extraordinários, não existe tal distinção, já que a concepção destes planos, como visto, servem exclusivamente como técnica para uma justa prestação da tutela jurisdicional – elemento desconsiderado nos recursos de estrito direito, que estão no nosso sistema exclusivamente vinculados à correta aplicação da norma pela decisão recorrida.

Tal constatação implica na afirmação de que a peculiaridade do efeito devolutivo, que sob o aspecto da profundidade (princípio inquisitivo) permitiria aos tribunais conhecer de matérias (de ordem pública ou a respeito das quais o juiz pode se

---

<sup>298</sup> CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 311.

pronunciar de ofício) que não foram decididas e impugnadas, diz respeito apenas às hipóteses de recursos classificados como ordinários; seara em que a verticalidade da cognição não encontra óbices.

Neste ponto vale transcrever o que tem sustentado Flávio Cheim Jorge:

“Cuidando-se de recursos de estrito direito, cujo objetivo é preservar a integridade da aplicação da lei, seja constitucional ou federal, a cognição ao invés de plena passa a ser parcial, limitada exclusivamente àquela questão tida como infringente da norma posta. E mais, no que tange à profundidade, não se abre ao julgador a possibilidade de examinar qualquer outra questão de fundo que não conste expressamente do acórdão, bem como da própria petição de interposição do recurso.

É que, fixada a matéria que pode ser questionada através do recurso excepcional, todos os demais aspectos que giram a seu redor e que não fazem parte diretamente de sua constituição não podem ser analisados e valorados pelo julgador.

A cognição do julgador, quanto à profundidade, justamente em razão de sua limitação, deve ser realizada unicamente em relação àquilo que foi apontado no recurso excepcional e que por sua vez consta do acórdão impugnado. Qualquer outra matéria – mesmo que ligada diretamente à questão discutida –, que não tenha sido efetivamente atacada pelo recorrente, não poderá ser apreciada”.<sup>299</sup>

Esta razão é coerente e se harmoniza perfeitamente com as notas características dos recursos extraordinários (excepcionais), bem como com o papel constitucional dos Tribunais Superiores no exercício da competência recursal própria.

## 12.2 Qual a praxe no Superior Tribunal de Justiça (análise crítica)?

Entretanto, o que se pode notar da praxe do Superior Tribunal de Justiça é que este tribunal vem adotando entendimento diverso, quanto aos limites do efeito devolutivo do recurso especial, de modo a lhe emprestar a mesma técnica atinente à profundidade do efeito devolutivo dos recursos ordinários.<sup>300-301-302</sup>

---

<sup>299</sup> CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 276-277.

<sup>300</sup> Embora o STJ se refira quase que sem exceção ao “efeito translativo”, pensamos que não há diferença essencial que justifique afirmar existir um “efeito translativo” distinto do que se tem na profundidade do efeito devolutivo. É que a ideia de “efeito translativo” decorreria do princípio inquisitivo que, por sua vez, já orienta a vertente da profundidade do efeito devolutivo. Portanto, a nosso ver o que se tem por “efeito translativo”, em verdade, já está contido no efeito devolutivo (profundidade).

<sup>301</sup> Nelson Nery Jr., por outro lado, defende a existência do efeito translativo, como distinto da profundidade do efeito devolutivo: “Dá-se o efeito translativo quando o sistema autoriza o tribunal a



Assim tem atualmente afirmado o Superior Tribunal de Justiça:

A hodierna jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública podem ser analisadas em sede de recurso especial, quando ultrapassado o conhecimento, à luz do efeito translativo dos recursos.<sup>303-304</sup>

Este entendimento se apóia no enunciado n. 456 da súmula do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” Também o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) é utilizado como seu fundamento: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”<sup>305</sup>

Por esta compreensão, uma vez tendo sido conquistado pelo recorrente o direito ao conhecimento do seu recurso especial – ou seja, superada positivamente a fase de admissibilidade do recurso –, o órgão julgador da instância extraordinária não encontraria óbices em conhecer da causa sob o aspecto da *profundidade* de maneira ampla, permitindo-lhe *total verticalidade* na aplicação do direito à espécie.<sup>306-307</sup>

---

julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *ultra, extra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (v.g., CPC 267 §3.º, 301 §4.º). A translação dessas questões ao juízo ad quem está autorizada pelo CPC 515 §§ 1.º a 3.º e 516. O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo a quo, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso por força do efeito translativo autorizado pelo CPC 515.” NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006, p. 707.

<sup>302</sup> Por todos, confirmam-se: AgRg no Ag 1357618/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 04/05/2011; REsp 1201359/AC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 15/04/2011.

<sup>303</sup> AgRg no Ag 1382247/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011.

<sup>304</sup> Confirmam-se, também, dentre outros: EDcl no AgRg no Ag 1185325; REsp 1180197 e REsp 906839.

<sup>305</sup> O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) igualmente contempla artigo com a mesma redação; *in verbis*: “Art. 324. No julgamento do recurso extraordinário, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou o Plenário não conhecerá do mesmo; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

<sup>306</sup> Dentre os que defendem este posicionamento em doutrina, confirmam-se os seguintes autores: LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso especial para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 139; AURELLI, Arlete Inês. *Argüição de matéria de ordem pública em recurso especial: desnecessidade de prequestionamento*. RePro n.º 89, p. 266, Jan. 1998.; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 342.; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Recurso especial: questão de ordem pública, prequestionamento*. RePro n.º 132, p. 273, Fev. 2006.; CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso especial, efeito translativo, matéria de ordem pública*.

Portanto, a regra segundo este entendimento seria a ampla verticalidade (profundidade) da cognição em sede de recursos extraordinários (*lato sensu*).

Com efeito, e com a vênua devida, não nos parece mais adequado o entendimento ora externado. Várias são as razões, em nosso sentir. Senão vejamos.

Inicialmente, é preciso ter presente que a técnica contida nos §§1º e 2º do art. 515 do CPC estão contidas no Capítulo que trata do “Recurso de Apelação”, isto é, devem ser aplicadas exclusivamente a este recurso. A exceção, por óbvio, somente incide naquelas situações em que tenhamos recursos com o mesmo escopo e que, por tal razão, façam parte de uma mesma espécie classificatória (recurso ordinário constitucional, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração).

Não há, portanto, uma só razão para a aplicação subsidiária de normas exclusivas do recurso de apelação ao recurso especial, visto que este possui Capítulo próprio no CPC, com escopo e finalidade completamente distintos daquele. Não deve haver, assim, incidência de normas atinentes à apelação aos recursos extraordinários (recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência).

Do contrário, terá o Superior Tribunal de Justiça que aplicar também em sede de recurso especial, os §§ 3º e 4º, do mesmo art. 515, isto é, (i) deverá julgar o pedido se o processo for extinto sem julgamento de mérito, bem como (ii) corrigir nulidades sanáveis.

Em relação ao § 3º, do art. 515, do CPC, a sua inaplicabilidade é inquestionável, dado que não haveria revisão (nova decisão) a respeito do mérito da causa, pois este não teria sido, por óbvio, apreciado pela instância local.

---

RePro n.º 143, p. 205, Jan. 2007.; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento*. RePro n.º 151, p. 335. Set. 2007.

<sup>307</sup> Visualizando a questão sob um prisma um pouco diferente, para o fim de defender que a verticalidade do efeito devolutivo permite ao órgão julgador da instância extraordinária o conhecimento apenas da questão federal suscitada, mas com amplitude suficiente para abranger, inclusive, conhecimento por fundamento diverso do apontado no recurso: DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Nota aos enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência dominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários*. RePro n.º 157, p. 303, Mar. 2008.

Vale dizer: o Superior Tribunal de Justiça não se furtou à discussão acerca da aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC em sede de recurso especial.

A bem da verdade chegou-se a afirmar, sob o pálio da economia e celeridade processuais, ser possível ao Tribunal da Cidadania em sede de recurso especial conhecer do mérito da demanda contemplada por decisão terminativa (ou que de outra forma não tivesse apreciado propriamente o mérito da demanda – art. 269, inc. IV, CPC), “em face da permissibilidade outorgada pelos arts. 515, §§ e 516, do CPC”, “conquanto que a causa trate de questões exclusivamente de direito e estiver em plenas condições de julgamento imediato”.<sup>308</sup>

Representando esse entendimento, trazemos trecho do acórdão proferido no julgamento do REsp n.º 523.904/SP, que inclusive compôs a ementa do julgado; confira-se:

Neste contexto, despicinda a anulação de todo o processo com base na possibilidade de se obter a correção monetária pelos índices pleiteados pelos autores, questão por demais pacificada nesta Corte. No caso dos autos, afastada a carência da ação pela inadequação da via eleita, não há empeco a que esta Corte aprecie o mérito da controvérsia, que versa sobre matéria eminentemente de direito (cálculo da correção das cadernetas de poupança das contas à disposição do BACEN, *ex vi* do art. 6º, § 2º, da Lei 8.024/90), evitando determinar o retorno dos autos à origem, em respeito aos princípios da efetividade do processo e da economia processual, conforme previsão do § 3º, art. 515, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, que possibilita ao Tribunal julgar, desde logo, todas as questões de direito discutidas no processo, ainda que não tenham sido apreciadas em sua íntegra pela instância de origem.<sup>309-310</sup>

---

<sup>308</sup> EDcl nos EDcl no REsp 461643/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 31/03/2003, p. 160.

<sup>309</sup> REsp 523904/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2003, DJ 24/11/2003, p. 226, REPDJ 25/02/2004, p. 109.

<sup>310</sup> No mesmo sentido: REsp 337094/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 393; EDcl no REsp 778201/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 14/09/2006, p. 3; AgRg nos EDcl no REsp 862225/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 11/12/2006, p. 334; AgRg no Ag 1357618/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 04/05/2011; REsp 1201359/AC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 15/04/2011; AgRg no Ag 1382247/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 26/04/2011.

Entretanto, com extremo acerto, identificamos que o entendimento acima representado ainda encontra resistência naquela Corte Superior, o que nos estimula na esperança de que a jurisprudência dominante no futuro venha a afirmar que “na instância especial não se aplica o art. 515, § 3º, do CPC (teoria da causa madura)”.<sup>311</sup>

A razão para o afastamento da aplicação do § 3º do art. 515 em sede de recurso especial não podia ser outra, senão a especificidade de sua natureza excepcional no ordenamento jurídico, que exige para o seu adequado manejo (conhecimento), dentre outras circunstâncias, o esgotamento da instância ordinária e o prequestionamento. Corroborar essa assertiva trecho extraído do voto condutor do julgamento unânime dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 810.168/RS, a seguir transcrito:

A questão preliminar processual, quando acolhida na instância *a quo* e repelida em sede de recurso especial, não autoriza o STJ a analisar o *meritum causae*, posto não esgotada a instância, quanto à integralidade da lide, nos termos do permissivo constitucional encartado no artigo 105, da CRFB/88, *verbis*:

‘Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

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

- 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.

(...)

Consectariamente, a determinação do retorno dos autos à origem para apreciação do *meritum causae* configura conseqüência lógico-processual da decisão, proferida em sede de recurso especial, que afasta a preliminar de ilegitimidade *ativa ad causam* da cooperativa (dantes acolhida pelo acórdão regional) para questionar a legalidade/constitucionalidade da contribuição para o FUNRURAL, independentemente de pedido expresso da recorrente.

Com efeito, além de se revelar inaplicável a teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC) em sede extraordinária, a conclusão do julgamento, no âmbito do STJ, com o mero afastamento da preliminar de ilegitimidade *ad causam*, sem a necessária determinação do retorno dos autos à origem para exame do mérito, encerraria prestação

---

<sup>311</sup> EREsp 501248/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 30/11/2009.

jurisdicional inócua, divorciada do aludido princípio constitucional.<sup>312-</sup>  
313

Interessante de se notar, ainda, é que a postura de emprestar ao recurso especial ares de recurso ordinário – conhecendo-se de matérias não suscitadas, mormente quando se trate de questões de ordem pública – foi reascendida mesmo após pronunciamento da Corte Especial do Tribunal da Cidadania em que se afirmou que “é vedado o exame *ex officio* de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição” (AgRg nos EDcl nos Embargos de Divergência em Agravo n.º 1.127.013, julgado em 03/11/2010 e publicado em 23/11/2010).

A nosso sentir, essas circunstâncias evidenciam a instabilidade do Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a matéria, onde por vezes é possível identificar julgamentos que simplesmente declinam da competência constitucional para ceder ao desejo de se julgar a causa, e não a questão federal efetivamente devolvida.

Quanto às nulidades sanáveis é interessante observar que tal entendimento implicaria, de imediato, na caducidade do enunciado n. 115 da súmula do STJ, pois considera ser “inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” e, por via de consequência, impossível ser sanado tal vício – o que não se passa com o recurso de apelação, onde se aplica corretamente o art. 13 do Código de Processo Civil.

Ademais, é importante observar que a exclusiva vinculação do recurso especial à apreciação efetiva da questão pela decisão recorrida não advém de construção jurisprudencial ou doutrinária. Decorre da própria literalidade do texto constitucional (art. 105, III), onde se lê que cabe recurso especial quando a decisão judicial “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, isto é, somente quando a decisão expressa e explicitamente negar vigência ou contrariar a lei é que tem cabimento do recurso especial.

---

<sup>312</sup> EREsp 810168/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 03/11/2010.

<sup>313</sup> No mesmo sentido: AgRg nos EREsp 1044015/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 29/04/2011.

Impossível, assim, em nosso sentir, permitir que, em sede de recurso especial, possa o Superior Tribunal de Justiça apreciar e decidir sobre algo que não foi objeto de julgamento. Se o acórdão, ao julgar um recurso, não tratou de uma determinada questão não há violação ou mesmo negativa de vigência da lei federal correlata.

Se a hipótese era de omissão, ou seja, se a decisão recorrida deixou de observar a incidência de norma cogente, por certo que a parte deveria ter alegado a omissão na aplicação da mesma, pois do contrário, esta decisão (omissa) não compromete a correta interpretação e aplicação da lei federal.

A premissa da Constituição Federal é que a errada interpretação (aplicação) da lei pela decisão judicial compromete a segurança jurídica e, por via de consequência, deve ser corrigida. E, não o contrário!

Com efeito, a atual interpretação do Superior Tribunal de Justiça deve ser objeto de grande reflexão, já que necessariamente conduz à modificação de todo o tratamento sistêmico do recurso especial.

Isto porque, a aceitação do conhecimento de ofício de matérias de ordem pública, tendo por fundamento a incidência do “efeito translativo” (leia-se, profundidade do efeito devolutivo), sob o pretexto de “julgar a causa” e “aplicar o direito à espécie” (enunciado n. 456 da súmula do STF), deve levar inevitavelmente a outras consequências.

É que, pelas mesmas razões, deve também o recurso especial propiciar, em razão da incidência do “efeito translativo” a aplicação do *iura novit curia*, passando o Superior Tribunal de Justiça a julgar, tal como os tribunais de apelação, com base em fundamentos jurídicos não suscitados pelas partes.

Deverá, igualmente, analisar e julgar, independentemente de alegação específica, todos os fundamentos da demanda e da defesa.

Ainda, a apreciação de ofício das matérias de ordem pública em sede de recurso especial afasta a incidência constitucional do requisito do prequestionamento, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça aceita – uma vez conhecido o recurso – a apreciação de questões não decididas.

Além disso, o recurso especial não mais ficará preso à matéria fática objeto de descrição pelo tribunal local, revogando-se assim o enunciado n. 7 da súmula do mesmo Superior Tribunal de Justiça. Tal interpretação decorrerá da incidência do §1º, do art. 515 do CPC, que diz que serão, independentemente de impugnação, apreciadas e decididas todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não julgadas por inteiro. Por outras palavras, todas as questões de fato serão automaticamente levadas à apreciação e conhecimento do Superior Tribunal de Justiça – tal como se passa no recurso de apelação.

Com efeito, o que nos parece é que se interpreta não adequadamente a expressão “julgar a causa”, tanto no enunciado n. 456 da súmula do STF, quanto no art. 257 do RISTJ<sup>314</sup>, uma vez que é utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça como sinônimo de julgar a demanda, e não como expressão equivalente – o que nos parece mais apropriado – a julgar *a questão federal*.<sup>315</sup>

O correto intento há muito vinha revelado no conteúdo da última parte do art. 24 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894 – reproduzido integralmente pelo art. 193 do Regimento Interno do Supremo Tribunal da época –, que dispunha acerca da “Completa organização da Justiça Federal da Republica” [sic], donde se extrai que a

---

<sup>314</sup> Assim também pensamos a respeito do art. 324 do RISTF.

<sup>315</sup> Concluindo de maneira diversa da aqui apresentada, temos Athos Gusmão Carneiro, para que: “Em princípio, a orientação prevalecente é a de que o Tribunal Superior, ao aplicar o direito à espécie, *receberá os fatos tais como foram postos na instância de origem*, e somente apreciará as questões já apreciadas na instância de origem. Com percuciência observou, aliás, o Min. Pádua Ribeiro, que ‘ao conhecer do recurso especial, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada. Todavia, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, *pode conhecer, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais*’ (Recurso Especial 36.663, RSTJ 54/330). Em suma: nos casos de aplicação da Súmula 456-STF, as matérias não disponíveis e as de ordem pública merecerão apreciação de ofício.” CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 119.

decisão do Supremo, quer confirme, quer reforme a sentença recorrida, será restrita à *questão federal controvertida; in verbis*:<sup>316</sup>

Art. 24. O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinários das sentenças dos tribunais dos Estados ou do Distrito Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e no art. 9º parágrafo único, letra (c) do decreto n. 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 a 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restrita à questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, compreendida no julgado. [sic]

Não por outra razão se vê que a hodierna corrente de pensamento do Tribunal da Cidadania não se amolda à nossa sistemática recursal. Com efeito, esse entendimento também denota estar havendo um desvirtuamento do papel do próprio Superior Tribunal de Justiça, frustrando a ambição constitucional nele creditada.

O que parece não se ter percebido é que o fundamento que permite a apreciação de ofício das questões de ordem pública leva inequivocamente à transformação do recurso especial em um recurso de natureza ordinária – tal qual o recurso de apelação.

Tomemos, por exemplo, o recente julgamento do REsp. n.º 1.199.211, onde a Terceira Turma, por maioria de votos, deu integral provimento ao recurso especial que fora interposto ao argumento, dentre outras razões, de “omissão” e de “negativa de prestação jurisdicional”.<sup>317</sup>

Neste caso específico, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a questão sobre a qual o Tribunal de origem não havia se manifestado, mesmo após ser provocado por meio de embargos de declaração, cingia-se à *prescrição*, matéria considerada passível de conhecimento de ofício (art. 193, CC, c/c art. 219, §5º, CPC).

Pois bem: em assim sendo, por se tratar de uma questão de ordem pública e com justificativa na economia e celeridade processual, funcionou o Superior Tribunal de

---

<sup>316</sup> DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 384, n. 166.

<sup>317</sup> REsp 1199211/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/06/2012.



Justiça neste caso como instância ordinária, passando ao julgamento do mérito da demanda, embora em sede de recurso excepcional (recurso especial) e deixando de lado os seus requisitos constitucionais específicos – sobremaneira o prequestionamento –, para então conhecer inteiramente da demanda claramente revolvendo o contexto fático-probatório dos autos (nada obstante tenha negado tal circunstância), uma vez que reconhecidamente do teor do acórdão objurgado não constara o que estava então sendo enfrentado pelo Tribunal da Cidadania. Confira-se:

“Entretanto, afere-se que, relativamente à prescrição, o Tribunal de origem, embora tenha feito referência genérica do tema, foi omissivo, não enfrentando a questão no caso concreto, não havendo manifestação, tanto no acórdão de agravo de instrumento, quanto no aresto de embargos de declaração, acerca dos termos inicial e final do prazo prescricional, bem como sobre eventual interrupção da prescrição, e tampouco o diploma legal utilizado para regular a matéria, à luz das disposições dos arts. 178, §9º, inciso V, do Código Civil de 1.916, e 1.003, parágrafo único, do Código Civil de 2.002, que limitam no tempo a responsabilidade dos sócios após a sua retirada da sociedade.

Dessa forma, não resta dúvida de que o Tribunal de origem deixou de abordar tal matéria, repise-se, importante para o deslinde da controvérsia travada nos autos, não obstante as alegações suscitadas tanto em agravo de instrumento quanto em embargos de declaração, conforme acima exposto, o que caracteriza a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional.

Contudo, embora reconhecida a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, analisa-se o mérito da demanda e aplica-se o direito à espécie, entendendo-se que, independentemente da falha constatada no acórdão, o apelo nobre do ora recorrente NAJI ROBERT NAHAS merece prosperar.

Ressalte-se, no ponto, que a análise que ora se faz do mérito da demanda justifica-se por razões de economia e celeridade processual, sendo que há jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, ao aplicar o direito à espécie, o Superior Tribunal de Justiça poderá mitigar o requisito do prequestionamento, ao valer-se de questão não apreciadas diretamente pela Instância de origem nem ventiladas no apelo nobre (*ut* AgRg nos EDcl no Ag 961.528/SP, da Relatoria deste subscritor, DJ e 11/11/2008).

Frise-se, outrossim, que as questões atinentes à prescrição e aos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, não encontram óbice no Enunciado n. 7 da Súmula/STJ, uma vez que as *questiones jûris* tratadas nos autos são eminentemente de direito, não necessitando de revolver matéria fático-probatória para o seu deslinde.<sup>318</sup>

---

<sup>318</sup> Trecho extraído do voto vencedor da lavra do Min. Massami Uyeda, no julgamento do REsp 1199211/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/06/2012.

Em suma, o recentíssimo exemplo acima revela uma simples consequência desse entendimento, qual seja: a de que todas as vezes que o Superior Tribunal de Justiça reconhecesse como admissível o recurso especial pela violação ao art. 535, do CPC, deveria, se a questão omissa for de ordem pública, desde já julgar a demanda e aplicar o direito à espécie, isto é, apreciar diretamente o mérito dessa decisão omissa e não determinar a remessa dos autos à instância local, como se a causa estivesse “madura” para julgamento casuístico diretamente pelo Tribunal da Cidadania (§ 3º, art. 515, do CPC).

O que se procura mostrar, com esse exemplo, é que o atual posicionamento revelado pela praxe do Superior Tribunal de Justiça acaba por ter consequências profundas que não podem ser ignoradas, ao tratar o recurso especial como se ordinário fosse, merecendo doravante atenção e profunda reflexão pela comunidade jurídica.

O surgimento, no Superior Tribunal de Justiça, deste movimento que vem emprestando maior amplitude ao plano da profundidade do efeito devolutivo, quando de suas decisões em sede da competência recursal extraordinária, denota tendência a uma alteração profunda no mister exercido pelo Tribunal da Cidadania, com reflexos para todo o sistema processual.

É que por vezes o Superior Tribunal de Justiça não dá tanta importância ao seu papel constitucional e tem se preocupado cada vez mais com a solução de questões e lides pontuais – ou mesmo casos concretos –, que dizem respeito exclusivamente aos interesses pessoais dos litigantes.

O que se verifica amiúde é que, ante a verificação de uma possível injustiça praticada, procura-se resolvê-la imediatamente, tal como age e atua um Tribunal de segundo grau de jurisdição.

Com isso, vê-se no cotidiano o julgamento de casos concretos, restando muitas vezes relegada a segundo plano a busca pela incolumidade do direito objetivo e, pela via inversa, sendo ascendida à primeira importância o propósito da justiça das decisões, ao preço de se deixar de fixar a correta interpretação da norma infraconstitucional a ser seguida nos casos futuros.

O que se pode extrair dessa circunstância, de substituição do paradigma da incolumidade do direito pelo da justiça da decisão – ainda que não conscientemente – é que o Superior Tribunal de Justiça acaba por não valorizar sua função constitucional.<sup>319</sup>

Mostra-se um contra-senso que, na realidade que experimentamos de valorização da jurisprudência como precedente, se permita que o Superior Tribunal de Justiça desça a *status* inferior àquele que lhe foi conferido pela Constituição Federal, a ponto de assumir o papel de mais uma instância ordinária (3ª instância?).

Com efeito, em razão do que se vê, as consequências para o sistema jurídico não são boas.

Ao se deixar de privilegiar a competência constitucional, observa-se que, a um só tempo, corre-se o risco de se renegar a função institucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, de afastar eventual violação a lei federal e interpretá-la uniformemente, bem como, de desamparar a sociedade que clama pela pacificação social através de um sistema seguro e harmônico de normas jurídicas<sup>320</sup>, além de enfraquecer a independência e harmonia entre os poderes, uma vez que em certa medida restará desprotegido o Poder Legislativo contra excessivas e abusivas ingerências dos demais poderes sobre o conteúdo que se deve dar às leis por ele expedidas, criando, assim, seara fértil à livre deturpação do conteúdo das normas em afronta ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF).<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> Segundo José Manoel de Arruda Alvim Netto, “a função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infraconstitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ.” ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. RePro n.º 96, p. 37, Out. 1999.

<sup>320</sup> Rodrigo Barioni, com espeque nas lições de Calamandrei, registra que “desprezar todas as consequências advindas da interpretação da norma jurídica é desconsiderar sua própria finalidade de organização da sociedade. Por isso, ganha relevância a tarefa dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, na interpretação dos dispositivos legais, porquanto proporcionam um norte (muitas vezes obrigatório) para os casos posteriores.” BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176.

<sup>321</sup> Novamente assevera BARIONI: “A criação de Tribunais de controle de legalidade dos atos judiciais representa exigência do princípio da separação dos poderes, de modo a permitir que a função legislativa não seja distorcida ou indevidamente encampada pelo Poder Judiciário. O equilíbrio entre os poderes impõe que os órgãos de cúpula do Judiciário não assumam posições que acabem por sobrepor-se à própria

É de notar, ainda, que se angaria com isso o desprestígio do próprio Tribunal Superior, pois, como já dito, numa realidade inevitável de valorização dos precedentes, a tentativa de impor universalizadamente os resultados obtidos com decisões caústicas a demandas futuras se revela flagrantemente inadequado, uma vez que decisões pontuais não ostentam efeito paradigmático, haja vista terem sido forjadas sob circunstâncias próprias ao caso concreto que dificilmente seriam idênticas em outro caso.<sup>322-323</sup>

Há ainda que se referir aqui a um fenômeno lógico proporcionado a reboque do não exercício pelos Tribunais Superiores da sua função institucional de controlar e interpretar o direito objetivo. É que a multiplicação de demandas tem relação direta com a falta de unidade de aplicação do direito, como elemento de desorganização do próprio Estado e de proliferação da celeuma social, pois o fator *alea* incidiria na aplicação das leis, algo semelhante a um jogo de azar, onde o conteúdo da norma tombaria exclusivamente em razão do entendimento pessoal do juiz da causa.<sup>324</sup>

---

lei, ofuscando a tarefa do Legislativo.” BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171.

<sup>322</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 449.

<sup>323</sup> A esse respeito, pondera José Manoel de Arruda Alvim Netto: “A expectativa, senão mesmo a imprescindível necessidade social – em relação às decisões de um Tribunal de cúpula, e, no caso, o Superior Tribunal de Justiça é o fecho da abóbada da justiça sobre a legalidade infraconstitucional –, é a de que sejam paradigmáticas, pois o rumo dessas vale como roteiro para os demais Tribunais e jurisdicionados, mercê dos precedentes assentados. As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional. Tais decisões, em devendo ser exemplares, não, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais.” ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. RePro n.º 96, p. 37, Out. 1999.

<sup>324</sup> BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

## CAPÍTULO VI

### O RECURSO ESPECIAL E O PRECEDENTE JUDICIAL

#### 13 O PRECEDENTE NO RECURSO ESPECIAL E O SEU RESPEITO

##### 13.1 Considerações gerais

Como se sabe, o nosso ordenamento jurídico é de tradição romano-germânica (*civil law*), o que implica em dizer que se optou pela lei escrita, codificada ou não, como o mecanismo de controle social eficiente e capaz de outorgar certeza, previsibilidade e igualdade aos jurisdicionados; ou seja, garantir segurança jurídica.

Porém, como pudemos ver no Capítulo II desta pesquisa, as grandes transformações sociais verificadas no mundo a partir do marco histórico do segundo pós-guerra fez surtir reflexos no nosso Direito, redirecionando o ordenamento jurídico que passou a contar com o paradigma constitucional, donde retira sua condição de validade.

Esta mudança de paradigma refletiu nas relações entre os poderes instituídos, porque vislumbrando no paradigma constitucional os limites para a adequada e legítima execução da função legislativa, ascendeu a status de maior importância a função jurisdicional, a quem cumpre a guarda da Constituição Federal, inclusive contra atentados da legislação infraconstitucional que precisa ser interpretada a partir dela.

Aliado a isso, a incapacidade da produção legislativa que albergasse as múltiplas facetas de uma sociedade pluralista e extremamente dinâmica, surgida a reboque da opção política de garantir cada vez mais direitos fundamentais, fez relevar que a rigidez do positivismo não mais atendia aos anseios da sociedade moderna, ao passo que impôs ao legislador a adoção de técnica aberta para a redação das leis, o que implicou na utilização de conceitos jurídicos indeterminados (vagos ou abertos) e de cláusulas gerais.

Estes fatores conjugados têm causado um desequilíbrio na equação elaborada pela tradição romano-germânica em prol da certeza, previsibilidade e igualdade a serem garantidos pelo ordenamento jurídico. É que ao juiz do Direito da

tradição romano-germânica é assegurada independência para formar sua convicção acerca do ordenamento jurídico que, pretensamente, deveria descrever analiticamente e detidamente a conduta a ser seguida, o que já não mais acontecia.

O trabalho com uma legislação impregnada por conceitos vagos, indeterminados e abertos, além de cláusulas gerais e princípios constitucionais, ao passo de exigir maior rigor para a fundamentação judicial que deve atribuir sentido concreto ao ordenamento, deu azo ao surgimento de múltiplas visões “possíveis” acerca da legislação, importando em decisões diferentes para casos semelhantes.

Abriu-se, então, caminho para o fenômeno da “dispersão jurisprudencial”,<sup>325</sup> uma tendência indesejável para o ordenamento que tem o condão de desestabilizar o Direito, proporcionando ao jurisdicionado um cenário de incerteza, surpresa e desigualdade, estimulando, por conseguinte, a litigiosidade.

Neste cenário, ao passo de se intensificar a preocupação com o controle da atividade jurisdicional, experiências pós-positivistas especulam acerca da melhor roupagem para o direito e da tentativa de aproximação dos modelos jurisdicionais de *civil law* e de *common law*, e na esteira do movimento neoconstitucionalista, passa-se a enxergar como oportuna a adoção da teoria dos precedentes com o fito de emprestar estabilidade ao ordenamento, retomando o equilíbrio há muito perdido.

Entretanto, deve-se reconhecer que seguramente este não foi o caminho idealizado pelo legislador, dado que este não se importou com a causa, mas sim com os sintomas da patologia jurídica nacional.

Alerta Mantovanni Colares Cavalcante, com sobriedade, que não se pode ter a ingenuidade de se pensar que as modificações legislativas em torno do processo tiveram outra que não a razão de “amenizar o caos numérico a que se submete” o judiciário.<sup>326</sup>

---

<sup>325</sup> “[...] a dispersão jurisprudencial alimenta os grandes números, e estes, por sua vez, acentuam a dispersão. Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modos diferentes até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores; a dispersão de julgados “tonteia” juízes de 1.º grau, partes e advogados. Esta dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio da economia do País. E o Judiciário é mais vítima do que autor dessa situação.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

<sup>326</sup> Cf. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *A lei 11.672 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. RePro n.º 163. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 182-183.

É de se notar, por exemplo, que tanto o surgimento da súmula do Supremo Tribunal Federal,<sup>327</sup> quanto a criação do Superior Tribunal de Justiça,<sup>328</sup> foram iniciativas igualmente preocupadas com a facilitação dos julgamentos, visando combater o excesso de trabalho no judiciário; iniciativa meramente pragmática.

De fato, o anseio pelas mudanças há tempos soa urgente, pois conforme declarado em 2007 pelo então presidente do STJ, Min. Humberto Gomes de Barros, naquele ano a “Corte julgou mais de 300 mil processos, sendo que 74% referentes a questões *já pacificadas* naquele Tribunal. E, o mais, grave, o julgamento desses recursos meramente repetitivos gerou um gasto para o Judiciário correspondente a mais de R\$ 175 milhões”.<sup>329</sup>

Malgrado não se tenha pretendido a valorização do precedente, esta circunstância nos parece real, de modo que a “emenda, nesse caso, pode ter saído melhor que o soneto”.<sup>330</sup> É que diversas das alterações legislativas levadas a efeito em nosso Código de Processo Civil, se por um lado estavam preocupadas com o desafogar do judiciário, certo é que têm em comum a alusão à existência de entendimento firmado pelos Tribunais de Sobreposição como o porto seguro donde se parte para a condução de julgamentos a se seguirem. Postura apropriada à valorização dos precedentes.

---

<sup>327</sup> “O Supremo Tribunal Federal instituiu a *Súmula da Jurisprudência Predominante* por emenda de 18.8.1963 ao seu Regimento Interno, com o fim de compendiar as teses jurídicas assentes com firmeza em suas decisões. O atual Regimento Interno, em vigor desde 1º.12.1980, trata da matéria, especificamente, no art. 102 e seus parágrafos. À inclusão de enunciado na *Súmula* dão-se efeitos relevantes: assim, “a citação da Súmula”, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido” (art. 102, § 4º); [...]”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

<sup>328</sup> Esclarece José Afonso da Silva: “Há muito que se vem pondo em destaque a existência de profunda crise no mais alto Tribunal do país. Crise que se traduz no afluxo insuportável de serviços, no acúmulo de processos, naquela alta Corte, a tal ponto de se proclamar um possível estrangulamento da Justiça nacional. E a gravidade disso se revela no fato de o S.T.F. ser o órgão de cúpula do nosso organismo judiciário e de, em face da elasticidade do Recurso Extraordinário, levar-se a êle parcela enorme das controvérsias judiciais, julgadas pelos demais órgãos da Justiça de todo o país. [...] A evidência demonstra, por conseguinte, que o acúmulo de serviços no Tribunal Supremo do país povém de dois fatos: primeiro, do pequeno número de Ministros de que êle se compõe, com a incumbência de decidir sobre questões de toda a matéria jurídica nacional, exceção da eleitoral; segundo, da pletera de feitos que lhe encaminha o Recurso Extraordinário.” DA SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 446, n. 207, e p. 448, n. 208.

<sup>329</sup> CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *A lei 11.672 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. RePro n.º 163. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 187.

<sup>330</sup> Cf. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *A lei 11.672 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. RePro n.º 163. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 183.

## 13.2 Evidências da valorização dos precedentes no Código de Processo Civil brasileiro

Embora seja conhecida a assertiva de Piero Calamandrei, no sentido de que “seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e de expansão”,<sup>331</sup> não se pode negar, com Cândido Rangel Dinamarco, que “o notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos que incluem o reforço dos poderes do relator, em associação com meios e modos de valorizar os precedentes judiciais consolidados”.<sup>332</sup>

Neste sentido, portanto, foram editadas as Leis n.ºs 9.756, de 17 de dezembro de 1998, 10.352, de 26 de dezembro de 2001, 11.276 e 11.277, ambas de 7 de fevereiro de 2006, e 11.322, de 9 de novembro de 2010, cujas inovações legislativas trataremos a seguir.

### 13.2.1 Eficácia vertical dos precedentes no Código de Processo Civil

Como visto, o nosso Código de Processo Civil vigente contempla vários dispositivos com nítido desiderato de impor o respeito das decisões dos nossos Tribunais de Sobreposição pelas demais instâncias judiciais, como que buscando, de fato, uma harmonização no que tange às soluções que serão ofertadas pela prestação jurisdicional exercida por cada um dos órgãos investidos de jurisdição. E não há dúvida que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, como Corte de Sobreposição, devem servir para verdadeiramente guiar verticalmente os juízos e tribunais de inferior instância ao decidir.<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> Cf. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Vol. II. In: *Opere giuridiche* (VII). Nápoles: 1976, p. 74.

<sup>332</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 128.

<sup>333</sup> “A expectativa, senão mesmo a imprescindível necessidade social – em relação às decisões de um Tribunal de cúpula, e, no caso, o Superior Tribunal de Justiça é o fecho da abóbada da justiça sobre a legalidade infraconstitucional –, é a de que sejam paradigmáticas, pois que o rumo dessas vale como roteiro para os demais Tribunais e jurisdicionados, mercê dos precedentes assentados. As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional. Tais decisões, em devendo ser exemplares, não, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais.” Cf. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso*



Vejamos, então, como são compreendidos alguns dos mecanismos, do Código de Processo Civil vigente, atribuídos às instâncias inferiores para se servirem dos precedentes dos tribunais superiores quando da entrega da prestação jurisdicional à luz do caso concreto.

#### 13.2.1.1 *Sentença liminar de mérito (art. 285-A do CPC)*

Humberto Dalla Bernardina de Pinho assevera tratar-se a hipótese do art. 285-A do Código de Processo Civil de “verdadeiro marco no contexto da terceira onda de reformas do já denso e desgastado Código de Ritos, destinando-se a atender ao escopo de busca pela efetividade e celeridade do provimento jurisdicional”.<sup>334</sup>

Assim dispõe o vigente Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73), ao prever a possibilidade de prolação de sentença liminar de mérito pela improcedência da ação com dispensa da realização de citação:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1.º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2.º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”<sup>335</sup>

A alusão à sentença proferida “no juízo” se mostrou enigmática em sede doutrinária, dando ensejo ao surgimento de polêmica consistente em saber se o art. 285-

---

*especial e a relevância das questões*. RePro n.º 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 37 e ss.

<sup>334</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75-86.

<sup>335</sup> Convém referir que a redação original do Projeto de Lei n.º 166/2010, que trata do Novo Código de Processo Civil, dispõe da seguinte forma acerca do instituto do julgamento liminar de mérito: “Capítulo III – Da rejeição liminar da demanda – Art. 317. Independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: I - manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II - o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; III - verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição; § 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.” Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>. Consultado em: 29/08/2012.

A do Código de Processo Civil estaria autorizando a formação de jurisprudência própria de juízos monocráticos de primeiro grau de jurisdição, ainda que em orientação distinta da sustentada pelos tribunais de superior instância.

Luciano Vianna Araújo descreve essa questão quando expõe que Cassio Scarpinella Bueno,<sup>336</sup> Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,<sup>337-338</sup> sustentam não ser adequada a interpretação literal do enunciado contido no *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil, a ponto de se entender que formará o paradigma a ser seguido no futuro as próprias decisões dos juízos de primeiro grau, haja vista não ser esta a interpretação mais consentânea com o ordenamento processual vigente, chegando a sugerir que por “sentença do juízo” se entenda “súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”.<sup>339-340</sup>

Em posição contrária – cita Luciano Vianna Araújo –, Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>341</sup> e Fernando da Fonseca Gajardoni,<sup>342</sup> sustentam que seriam sim as decisões do próprio juízo que formariam o paradigma a ser observado nos casos futuros de aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil, sendo vedado, portanto, a adoção de decisões de outro juízo ou tribunal para este fim. Por seu turno, Luciano Vianna Araújo se coloca e adere a este último posicionamento, ao asseverar que “o julgamento imediato da lide funda-se em precedentes do próprio juízo”.<sup>343</sup>

---

<sup>336</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>337</sup> Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>338</sup> No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno*. vol. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 191-193.

<sup>339</sup> Cf. ARAÚJO, Luciano Vianna. *Art. 285-A do CPC (julgamento imediato, antecipado e maduro da lide): evolução do sistema desde o código de processo civil de 1939 até 2007*. RePro. vol. 160, junho de 2000.

<sup>340</sup> Sugestão que copia parte do enunciado do *caput* do art. 557 do CPC: “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

<sup>341</sup> Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *Breves notas sobre o art. 285-A do CPC*. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. (Coords.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol. 2. São Paulo: Método, 2007.

<sup>342</sup> Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. RePro. vol. 141, novembro de 2006.

<sup>343</sup> Cf. ARAÚJO, Luciano Vianna. *Art. 285-A do CPC (julgamento imediato, antecipado e maduro da lide): evolução do sistema desde o código de processo civil de 1939 até 2007*. RePro. vol. 160, junho de 2000.

Não se pode olvidar que a expressão “juízo”, utilizada no enunciado do *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil, comporta vários significados, podendo designar um lugar, um ato ou um órgão, por exemplo.<sup>344</sup>

Desse modo, pensamos que ao se perquirir o entendimento acerca da “sentença do juízo”, teremos duas vertentes para serem analisadas, mas sem, contudo, se contraporem; pois uma coisa é o órgão prolator do ato jurisdicional e outra coisa é o conteúdo deste ato jurisdicional proferido. Ditas vertentes são, portanto, a do órgão prolator do ato jurisdicional (o juízo) e a do ato jurisdicional proferido (sentença do juízo).

Com isso se faz possível enxergar a aproximação dos dois posicionamentos anteriormente descritos, e que foram apresentados por Luciano Vianna Araújo como opostos, para enfim revelar a harmonia que lhes é intrínseca, sem que se imponha a rejeição de uma tese para que se possa aderir à outra.

Isso porque, enxergando a questão sob estes dois planos distintos, não haverá contradição em se reconhecer que a interpretação literal do enunciado do *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil exige que as sentenças que formam o paradigma tenham sido proferidas no mesmo juízo (órgão julgador, Vara Judiciária) em que agora se pretende a prolação de sentença liminar de mérito e, a um só tempo, que ditas sentenças que formam o paradigma tenham sido fundamentadas com lastro na jurisprudência dominante nos tribunais de superior instância, e não na convicção solipsista daquele que julga em juízo monocrático de primeira instância.

Com efeito, nada impede que as sentenças proferidas, e que servirão como paradigmas para fins de julgamento liminar de mérito, tenham sido lastreadas pela orientação da jurisprudência dominante, sem que essa circunstância implique em descaracterizar a sentença como ato proferido pelo mesmo juízo monocrático de primeira instância (órgão julgador, Vara Judiciária). Muito pelo contrário, antes se aconselha tal postura, já tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça se posicionado a respeito por ocasião do julgamento do REsp n.º 1.109.398, assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE. ART. 285-A DO CPC. ENTENDIMENTO DO JUÍZO

---

<sup>344</sup> “JUÍZO (Dir. Jud.). 1 – ‘É a entidade, corporação ou colégio judiciário em que a instância se forma e se exercita’ (Zótico Batista). Conjunto formado pelo juiz, funcionários e serventuários da justiça. 2 – Local onde o juiz exerce suas funções: foro. 3 – Complexo de atos pelos quais se discute e decide uma relação de direito. 4 – Órgão de administração da justiça.” Cf. NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 491.

SENTENCIANTE. DISSIDÊNCIA RELATIVA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. APLICAÇÃO DA NOVA TÉCNICA. DESCABIMENTO. EXEGESE TELEOLÓGICA.

1. A aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso especial não provido.<sup>345</sup>

Logo, embora se possa dizer que há exigência legal – literal do *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil – de que exista precedente do próprio juízo (órgão julgador, Vara Judiciária), tal constatação não exclui outra exigência, esta por sua vez implícita, a de que dito precedente do próprio juízo não viole ou contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.<sup>346</sup>

Portanto vale dizer, com Luiz Guilherme Marinoni, que “o julgamento liminar do pedido também está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões dos tribunais superiores”.<sup>347</sup>

Com isso, pensamos restar afastado o pensamento de que o art. 285-A do Código de Processo Civil seria autorizador da formação de jurisprudência própria de juízos monocráticos de primeiro grau de jurisdição, uma vez que, muito pelo contrário, este instrumento serve à ratificação perante as bases jurisdicionais daquela jurisprudência que se encontre sólida em nossos Tribunais Superiores.<sup>348</sup>

É dizer, por outras palavras, que o art. 285-A do Código de Processo Civil é veículo para aplicação direta de precedentes dos nossos Tribunais Superiores perante o

---

<sup>345</sup> REsp 1109398/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011.

<sup>346</sup> No mesmo sentido: “É que, se não há lógica em admitir que o juiz pode julgar liminarmente improcedente o pedido quando há, em sentido contrário, súmula ou jurisprudência consolidada de tribunal de justiça ou regional federal, é indiscutível que, quando há precedente de tribunal superior, esse não pode ser contrariado pelo julgamento liminar.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 518.

<sup>347</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 517-518.

<sup>348</sup> Entendemos como Eduardo Cambi, segundo o qual o propósito aqui não é “estimular o juiz a criar a sua própria jurisprudência. O magistrado deve primar pela interpretação que esteja de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores. Quer-se assim evitar o império de orientações isoladas (sobretudo, após ter a jurisprudência sedimentado a interpretação), já que isto, ao contrário de promover celeridade processual, implicaria, proporcionalmente, na maior interposição de recursos.” *In*: CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediate) pela técnica do art. 285-A do CPC*. RePro. vol. 854, p. 52 ss, dezembro de 2006.

juízo monocrático de primeira instância com aptidão para declarar a improcedência liminar da pretensão deduzida, isso sem a necessidade de citação do réu.<sup>349</sup>

Por oportuno, convém agora abordar a questão da obrigatoriedade ou não do julgamento liminar de mérito. É que Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o julgamento liminar de mérito também se caracteriza por ser uma faculdade a disposição do magistrado:

A aplicação da norma não é obrigatória, circunstância que decorre do comando (poderá) constante do caput do CPC 285-A e, ainda, da possibilidade de o juiz mudar de opinião, revendo seu posicionamento quanto à sentença anteriormente proferida no mesmo juízo. A independência jurídica do juiz (LOMN 35 I e 40) permite-lhe decidir de acordo com seu livre convencimento motivado (CPC 131), o que implica, também, nova decisão de acordo com modificação de seu entendimento sobre a matéria.<sup>350-351</sup>

Em sentido contrário, Luciano Vianna Araújo sustenta não haver motivos para não se impor ao magistrado o dever de proferir julgamento imediato da lide, quando se fizerem presentes os requisitos do art. 285-A do Código de Processo Civil:

A meu ver, não há motivos para, configurados os requisitos do art. 285-A do CPC, não se impor ao magistrado o dever de proferir julgamento imediato da lide. Evidentemente, desde que o próprio juiz pretenda, em julgamento antecipado da lide, proferir sentença com fundamentação idêntica a das anteriormente proferidas. Não se esqueça que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, ‘presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder’. O argumento de que se praticaria uma série de atos inúteis, pois inabalável o resultado do processo, com prejuízo para as partes (principalmente, o réu) e o órgão jurisdicional, me convence do dever do magistrado de julgar imediatamente a lide.<sup>352</sup>

Com efeito, o texto da norma do art. 285-A do Código de Processo Civil traz a expressão “poderá”, que, *a priori*, alude a uma faculdade colocada à disposição do magistrado, de modo que apenas a partir deste dispositivo não se vislumbra haver

---

<sup>349</sup> Segundo pensamos, trata-se de medida extrema que reforça e denota a força dos precedentes no processo civil brasileiro.

<sup>350</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 483.

<sup>351</sup> No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>352</sup> ARAÚJO, Luciano Vianna. *Art. 285-A do CPC (julgamento imediato, antecipado e maduro da lide): evolução do sistema desde o código de processo civil de 1939 até 2007*. RePro. vol. 160. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

imposição para a utilização da técnica do julgamento liminar de mérito em demandas repetitivas.

Entretanto, deve-se reconhecer que à luz do ordenamento jurídico, interpretado sistematicamente, não se revela razoável deixar ao alvedrio do magistrado – uma vez que este tenha julgado outras causas repetitivas e já tendo se utilizado, inclusive, da técnica do julgamento liminar de mérito – simplesmente optar por, no futuro, sem justificativa plausível e diante de outros casos idênticos, selecionar aleatoriamente este ou aquele caso para se aplicar a técnica do art. 285-A do Código de Processo Civil, deixando de fora outras demandas repetitivas.

É que, uma vez aplicado o art. 285-A do Código de Processo Civil pelo juízo acerca de determinada matéria repetitiva, deve-se fundamentar o seu posterior afastamento no processamento de causa com a mesma matéria repetitiva já apreciada pelo juízo (art. 93, inciso IX, da CF), sob pena de impor incerteza jurídica acerca do trâmite dos autos e do julgamento que será proferido, a comprometer a imparcialidade do juízo.

Dito isto, parece-nos mais razoável enxergar a técnica do julgamento liminar de mérito como uma faculdade colocada à disposição do magistrado, enquanto este ainda esteja formando sua convicção à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da matéria repetitiva, até mesmo porque o *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil exige um número mínimo de julgamentos de improcedência para a sua aplicação, mas não um número máximo a partir do qual a técnica se imporia *ex vi legis*.

Porém, uma vez fixada a tese pelo juízo e utilizada a técnica do julgamento liminar de mérito sobre a matéria repetitiva, entendemos que não pode o magistrado afastar ao seu bel prazer a regra do art. 285-A do Código de Processo Civil sobre os casos repetitivos posteriores e presentes os pressupostos próprios. Nesta hipótese, o magistrado deverá fundamentar justificadamente sua postura na possibilidade de alteração da jurisprudência dominante, demonstrando em concreto os indícios deste receio, sob pena de o julgador assumir *status* de parcialidade.<sup>353</sup> Assim, sob este

---

<sup>353</sup> “A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial.” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

enfoque, e apenas neste, a expressão “poderá” será erigida a “deverá”, relevando se tratar de um poder-dever do magistrado.

Trata-se, portanto, o quanto previsto no *caput* do art. 285-A do Código de Processo Civil, de técnica de julgamento de mérito, com vista à eliminação liminar de demandas repetitivas pelo juízo monocrático de primeira instância, sem a realização da citação do réu, mas em favor deste, quando a questão deduzida for predominantemente de direito e a solução vislumbrada para a matéria for a total improcedência, verificada à luz de casos, com idênticas causas de pedir e pedidos, anteriormente decididos pelo mesmo juízo em sentença alicerçada pela orientação jurisprudencial dominante de nossos Tribunais Superiores, o que revela a sua vocação em prol da reafirmação da força dos precedentes em primeira instância, neste ponto visando também a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Pensamos restar claro, então, que a técnica do art. 285-A do Código de Processo Civil, que veicula o julgamento liminar de mérito (sentença *prima facie*), idealizado como instrumento capaz de agilizar e racionalizar os julgamentos em primeira instância, combatendo a proliferação de processos de causas repetitivas, traz consigo traços de uma gênese orientada para o respeito dos precedentes desde as bases da nossa estrutura judiciária.

#### 13.2.1.2 *Vedação à remessa necessária (art. 475, § 3.º, do CPC)*

Pela regra do art. 475 do Código de Processo Civil se sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório a sentença que condenar a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, e, especificamente, quando se houver de atribuir procedência ainda que parcial a embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.<sup>354</sup>

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho, trata-se da remessa necessária, remessa *ex officio* ou reexame necessário que “é um instituto que objetiva preservar a esfera jurídica da Fazenda Pública”.<sup>355</sup>

---

<sup>354</sup> “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>355</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314.

Importa-nos a verificação de que duas outras regras excepcionam a remessa necessária, tratando-se das hipóteses: *i*) de condenação ou direito controvertido não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos (§ 2.º do art. 475 do CPC); *ii*) de sentença que se funda em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente (§ 3.º do art. 475 do CPC).

A primeira hipótese excepcional leva em conta critério de ordem econômica e não interessa ao nosso estudo. Já a segunda hipótese que excepciona a regra do *caput* do art. 475 do Código de Processo Civil ostenta como pedra de toque, sem dúvida, o respeito ao precedente de tribunal superior utilizado na sentença como seu fundamento para decidir.

Apesar de o legislador atribuir maior destaque para o Supremo Tribunal Federal, por certo que a sentença que estiver alicerçada em precedente do Superior Tribunal de Justiça, desde que sumulado, estará dispensada da remessa necessária, com o que restará prestigiada na primeira instância o entendimento firmado em por este Tribunal da Cidadania, revelando, também aqui, traços de uma gênese legislativa orientada para o respeito dos precedentes desde as bases da nossa estrutura judiciária.<sup>356</sup>

#### 13.2.1.3 *Impedimento a recurso (art. 518, § 1.º, do CPC)*

Assim dispõe o art. 518 do Código de Processo Civil, com redação determinada pelas Leis n.º 8.950/94 e n.º 11.276/06:

“Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1.º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. § 2.º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”

Segundo Alexandre Freitas Câmara, o § 1.º do referido art. 518 do Código de Processo Civil contempla regra “extremamente saudável” para o ordenamento jurídico, cujo objetivo “é fazer com que processos decididos nos termos da súmula do

---

<sup>356</sup> “Essa dispensa também ocorre quanto à sentença fundada em súmula do STF e de tribunais superiores, como por exemplo do STJ, TST, TSE e STM.” NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 624.



STJ ou do STF sejam apreciados em um único grau de jurisdição”. Vejamos seu posicionamento:

“O STF e o STJ são os tribunais constitucionalmente legitimados a interpretar o direito constitucional e o direito federal. Assim, parece mesmo adequado que as sentenças que estejam em conformidade com os entendimentos sumulados – os quais já foram alvo de discussão prévia em diversos outros casos submetidos a intenso contraditório e a exame de diversos tribunais (inclusive – e principalmente – do STJ ou do STF) – sejam consideradas irrecorríveis.”<sup>357</sup>

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “trata-se de mais um dispositivo que decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores, notadamente daquelas teses já consagradas na súmula da sua jurisprudência dominante”.<sup>358</sup>

Araken de Assis critica tal dispositivo quando diz, a respeito do § 1.º do art. 518 do Código de Processo Civil que: “O irrefreado e descomunal empenho legislativo com o propósito de tolher a multiplicação de recursos protelatórios e fadados ao insucesso alcançou estágio inaudito e produziu soluções extravagantes.”<sup>359</sup>

Flávio Cheim Jorge, por sua vez, e de forma mais direta, proclama a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, rememorando que houvera uma tentativa de inclusão da chamada “súmula impeditiva de recurso” por meio da Emenda Constituição n.º 45/2004 (Reforma do Judiciário), tendo sido rejeitada essa iniciativa; porém, fez-se introduzir por via transversa a súmula impeditiva de recurso em nosso ordenamento, o que se afigura inconstitucional.<sup>360</sup>

No mesmo sentido anota José Carlos Barbosa Moreira:

“O novo § 1.º, introduzido pela Lei nº 11.276, proíbe o juiz de receber a apelação ‘quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal’. Estranhamente, consagrou-se por lei ordinária inovação para a qual antes se reputara indispensável reforma *constitucional*: a adoção da

---

<sup>357</sup> Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 80.

<sup>358</sup> Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 129.

<sup>359</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.

<sup>360</sup> Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

chamada ‘súmula impeditiva de recurso’ figurava no projeto de que resultou a Emenda Constitucional n° 45, e só não foi incluída neste porque o Senado Federal não aprovou o texto oriundo da Câmara dos Deputados, à qual se teve de devolver a matéria. É paradoxal, no mínimo, que a Lei n° 11.276, por via indireta, atribua a quaisquer proposições sumuladas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal efeito praticamente equiparável, ou quase, ao da denominada ‘súmula vinculante’ – e mais: sem sequer subordiná-lo ao concurso dos pressupostos ali enumerados!”<sup>361</sup>

Apesar da inquietação doutrinária e embora ao juízo monocrático de primeiro grau de jurisdição não seja dado se pronunciar acerca do mérito do recurso de apelação interposto em face de suas sentenças, sendo-lhe permitido apenas controlar a admissibilidade desse recurso, o fato é que a Lei n.º 11.276/06 criou a figura da “súmula impeditiva de recurso”, com o que fica o magistrado *a quo* com poderes para não “receber” o recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.<sup>362</sup>

Em verdade, ao não “receber” o recurso de apelação, estará o juiz negando seguimento a este recurso com fincas em razões de mérito, de modo que pela expressão “não receberá o recurso” deve-se entender como “negará provimento ao recurso”.<sup>363</sup>

E isso para atender à intenção do legislador que é prestigiar as razões assentadas nos precedentes sumulados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o que também evidencia traços de uma teoria dos precedentes, presumindo-se que assim como observou o juízo *a quo* o entendimento dos Tribunais Superiores, também deverá fazê-lo o tribunal em segunda instância, o que retira do recurso qualquer chance de êxito.

#### 13.2.1.4 *Decisão monocrática que nega seguimento ou dá provimento a recurso (art. 557 do CPC)*

Nos tribunais é dado ao relator negar seguimento ao recurso, quando observar que o recurso fora manejado em confronto com súmula ou com jurisprudência

---

<sup>361</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 460.

<sup>362</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1177.

<sup>363</sup> Neste sentido Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha: “Na verdade, quando o juiz aplica o § 1º do art. 518 do CPC, ele está a negar seguimento à apelação por razões de mérito; pode-se dizer que se conferiu ao juiz, nesse caso, competência pra julgar o mérito da apelação. O juiz, em outras palavras, estará negando provimento à apelação.” Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 132.

dominante do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, aqui incluído o Superior Tribunal de Justiça.<sup>364</sup> Já se verifica, desde logo, que é a decisão recorrida que confronta súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, poderá o relatório dar provimento ao recurso, isso em sede monocrática mesmo. É o que prevê o art. 557, *caput* e § 1.º-A, do Código de Processo Civil.<sup>365</sup>

Trata-se de evolução legislativa instituída pela Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, ao impor o crescimento dos poderes do relator, propõe o “incremento e valorização dos precedentes jurisprudenciais”.<sup>366</sup>

O que se destaca acerca desse dispositivo é o fato de não serem idênticos os regramentos do *caput* com o do § 1.º-A, que permitem seja negado seguimento e julgado provido o recurso, respectivamente.

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha apontam que há uma gradação legal a respeito da matéria, de modo que se pode identificar que: “(a) para que o relator, por decisão isolada, possa negar seguimento ou provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior; (b) para que o relator, por decisão singular, possa dar provimento ao recurso ou ao reexame necessário, deve haver súmula ou jurisprudência dominante apenas de tribunal superior”.<sup>367</sup>

---

<sup>364</sup> “Quais serão os tribunais superiores, a que aludem o *caput* e o novo parágrafo do art. 557? São *tribunais superiores da União* o Superior Tribunal de Justiça e o tribunal superior de cada Justiça Especial (TST, TSE, STM). Mas é claro que a justiça comum não é minimamente influenciada pela jurisprudência das especiais. Da má redação desses dispositivos o que se extrai é que por *tribunal superior* eles quiseram aludir exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça – que é o único *tribunal superior* com competência para causas decididas pelo direito processual civil comum.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 131.

<sup>365</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1.º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>366</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 130.

<sup>367</sup> Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 530.

Afirma Araken de Assis ser fácil explicar o rigor da exigência para o provimento do recurso: “A reversão do pronunciamento, vitorioso o recorrido em primeiro grau, há de partir de base firme e quase incontestável, antecipando e prestigiando o hipotético resultado final, percorrido o itinerário até a derradeira instância.”<sup>368</sup>

Com isso é possível ver que o ordenamento já atribui à jurisprudência sumulada e à jurisprudência dominante<sup>369</sup> do Superior Tribunal de Justiça a devida deferência especial, tomando-a por mais firme e correta, segura a ponto de sustentar a reversão do provimento de primeiro grau eventualmente recursado, inclusive com o abreviamento do procedimento no tribunal e “supressão” da competência do órgão colegiado para o julgamento do recurso, isto é: mediante decisão singular, sem elaboração de relatório, nem inclusão em pauta, nem coleta de votos de seus pares.

Trata-se, ao nosso sentir, de mais uma evidente medida que prestigia o precedente no processo civil, impondo e incentivando o respeito ao conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores pelas instâncias inferiores.

#### 13.2.1.5 *Julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC)*

Segundo Athos Gusmão Carneiro, coube ao Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, com a colaboração de integrantes do Tribunal da Cidadania, a iniciativa para a apresentação da proposta legislativa (PL n.º 1.213/07) consistente na adoção, em sede de recurso especial, de mecanismo de julgamento de recursos repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de “atenuar a pleora de feitos em tramitação no STJ, e possibilitar o cumprimento da promessa constitucional de julgamento em ‘tempo razoável’ e concessão de meios que garantam a ‘celeridade’ na tramitação dos processos – CF, art. 5.º, LXXVIII”.<sup>370-371</sup>

<sup>368</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 306.

<sup>369</sup> Ensina-nos Araken de Assis que a noção de “jurisprudência dominante” é uma questão aberta, mas que pode ser entendida como a “existência de um número variável de precedentes uniformes e reiterados no mesmo sentido”, ou, por outras palavras, “é a jurisprudência que já poderia se encontrar sumulada, mas ainda não alcançou semelhante status por falta de amadurecimento e de oportunidade”. Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 305.

<sup>370</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109.

<sup>371</sup> Registramos, contudo, que o Projeto de Lei n.º 1.213/07, encaminhado à Presidência da República por meio da Exposição de Motivos n.º 00040 do Ministério da Justiça, de 5 de abril de 2007, assinada pelo então Ministro Tarso Genro, em seu parágrafo ‘4’ dizia o seguinte: “4. O presente projeto de lei é baseado em sugestão do ex-membro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Athos Gusmão Carneiro, com o objetivo de criar mecanismo que amenize o problema representado pelo excesso de demanda daquele

Referida iniciativa legislativa inspirou-se na Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que projetou no Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B,<sup>372</sup> tendo por objetivo a reunião e simplificação do julgamento de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, que se multiplicam e inviabilizam a atividade da Corte Suprema.<sup>373</sup>

Desse modo, então, ingressou no ordenamento jurídico a Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, que acresceu ao Código de Processo Civil o art. 543-C, prevendo que, na hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, proceder-se-á ao julgamento por amostragem apenas de recursos selecionados, sobrestando-se o processamento dos demais recursos até que haja pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão de direito federal infraconstitucional discutida.

Considerando a vacância desta lei, prevista para 90 (noventa), apressou-se o Superior Tribunal de Justiça para proceder à sua regulamentação, levada a efeito pela

---

Tribunal. Submetido ao crivo do Presidente da Corte Superior, a proposta foi aceita e recebeu alguns ajustes, que passaram a integrar a presente redação. Após, sofreu ainda pequenas alterações ao ser analisada pelos órgãos jurídicos do Poder Executivo.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/555963.pdf> Consultado em: 22/01/2013.

<sup>372</sup> “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>373</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1231.

Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008, que estabeleceu os “procedimentos relativos aos processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos”, atendendo, assim, ao que dispunha o § 9.º do art. 543-C do Código de Processo Civil.<sup>374</sup>

Em linhas gerais, podemos anotar que o julgamento pelo mecanismo dos recursos repetitivos visa albergar litígios de massa em que as questões de direito federal infraconstitucional se repetem, dada a multiplicidade de demandas afetas ao mesmo assunto, como, por exemplo, direito do consumidor, direito previdenciário e direito tributário.

Assim é que cumpre aos presidentes e vice-presidentes dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios ou dos Tribunais Regionais Federais identificar a potencial multiplicidade de causas e recursos sobre determinada matéria, selecionando um ou mais recursos especiais representativos da controvérsia para serem encaminhados para o Superior Tribunal de Justiça, determinando, quanto aos demais, que fiquem suspensos até que se firme o precedente com o julgamento definitivo daqueles selecionados (§ 1.º, do art. 543-C, do CPC e art. 1.º, *caput*, da Resolução n.º 8 do STJ).

Acaso essa providência não tenha sido adotada nos tribunais de origem, cumpre ao relator de um dos recursos repetitivos,<sup>375</sup> identificando a multiplicidade e identidade de natureza da questão central discutida, determinar o sobrestamento dos recursos nos tribunais de segunda instância, bem como selecionar o “recurso piloto”, sendo certo, ainda, que deve averiguar acerca da existência de jurisprudência dominante a respeito (§ 2.º, do art. 543-C, do CPC e §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Resolução n.º 8 do STJ).

Visando a instrução deste procedimento pode o relator requisitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da matéria controvertida, bem como admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades que revelem possuir interesse na controvérsia, devendo, ainda, ouvir o Ministério Público (§§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 543-C do CPC e art. 3.º, I e II, da Resolução n.º 8 do STJ).

---

<sup>374</sup>

Disponível

em:

[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=88636](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=88636). Consultado em: 18/02/2013.

<sup>375</sup> Nelson Rodrigues Netto anota que “o termo “poderá” utilizado pelo legislador não pode encerrar uma faculdade do relator, sob pena de inviabilizar que o julgamento do recurso especial paradigmático produza efeitos sobre os demais recursos repetitivos. Se a seleção dos recursos paradigmáticos não foi feita na origem, o relator deverá fazê-lo, devolvendo os demais recursos repetitivos”. Cf. NETTO, Nelson Rodrigues. *Análise crítica do julgamento por atacado no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos repetitivos)*. RePro n.º 163. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 237.

Ato seguinte ao transcurso do prazo deferido ao Ministério Público, o relator elaborará o relatório que será encaminhado por cópia para os demais Ministros, pedindo inclusão do processo em pauta de julgamento – na Seção ou Corte Especial –<sup>376</sup> que será preferencial, à exceção das demandas que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (§ 6.º do art. 543-C do CPC e arts. 2.º, *caput*, e 4.º da Resolução n.º 8 do STJ).

Realizado o julgamento e publicado o seu acórdão, teremos as seguintes situações: *i*) para os recursos sobrestados já se encontrarem distribuídos no Superior Tribunal de Justiça, caberá ao relator julgá-los nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil; *ii*) para os recursos sobrestados que ainda não tinham sido distribuídos, competirá ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça proferir os julgamentos, nos termos do que prevê a Resolução n.º 3 do próprio tribunal; *iii*) e para os recursos sobrestados nos tribunais de origem, deverá ser observado o procedimento a que aludem os §§ 7.º e 8.º do art. 543-C do Código de Processo Civil (art. 5.º da Resolução n.º 8 do STJ).

Logo, para os recursos especiais sobrestados no Superior Tribunal de Justiça, certo é que terão provimento ou não segundo o que dispuser da decisão do precedente firmado, seja por meio de posterior julgado a cabo da presidência (Resolução n.º 3 do STJ), seja por julgamento realizado pelo relator (art. 557 do CPC). Porém, no que tange aos recursos especiais sobrestados na segunda instância, existe a possibilidade de adoção de posicionamento distinto.

É o que leciona Athos Gusmão Carneiro, quando diz que:

“Julgado o ‘recurso-piloto’ e publicado o respectivo acórdão, surgem duas possibilidades (art. 543-C, §§ 7º e 8º): a) quando o acórdão do tribunal de segundo grau houver adotado tese que venha a coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial sobrestado terá seu seguimento denegado na origem, não sendo portanto sequer necessário o exame de seus pressupostos de admissibilidade; b) caso o acórdão do tribunal do segundo grau haja adotado tese que venha a divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça, então o recurso ordinário (a apelação, o agravo, os

---

<sup>376</sup> “Aqui ponto relevante, o da competência: como se trata de “recurso-piloto”, e considerada a finalidade de unificação da jurisprudência do STJ e de orientação aos tribunais de segundo grau, o julgamento não será feito na Turma, mas sim será competente, em se cuidando de matéria sob especialização, a respectiva Seção; em se tratando de matéria de incidência geral, o julgamento será feito em Corte Especial.” Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 318.

embargos infringentes) que dera origem ao acórdão sobrestado será ‘novamente examinado pelo tribunal de origem’. E estaremos, no azo, diante de duas alternativas: b-1) o tribunal de origem, ao reexaminar o recurso ordinário em juízo de retratação, resolve revogar o anterior julgamento e proferir outro, adotando a orientação firmada no STJ; ou b-2) o tribunal de origem, ao reexaminar o recurso ordinário, resolve manter a sua decisão, embora divergente daquela firmada pelo STJ; neste caso, o recurso especial antes interposto retomará seu processamento, e a Presidência do tribunal procederá ao regular exame de sua admissibilidade.<sup>377</sup>

Destas linhas gerais – dado que não há a pretensão de esgotar esse tema, o que, por si só, demandaria estudo próprio –<sup>378</sup> é possível compreender que o processo civil vem se movimentando e modificando para emprestar, cada vez mais, importância aos precedentes judiciais.

É bem verdade que o instituto ora analisado tem por finalidade precípua, como disse Bernardo Pimentel Souza, “reduzir o número de recursos especiais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça”, porém é possível nele vislumbrar também o consequente resgate deste Tribunal da Cidadania, para que ele “cumpra a missão constitucional de corte de uniformização da interpretação da lei federal”, até mesmo porque também as causas não-repetitivas precisam, talvez até mais do que as repetitivas, da atenção e compromisso do Superior Tribunal de Justiça em apreciá-las.<sup>379</sup>

A partir desse fator de otimização da administração da justiça, vê-se brotar uma preocupação com a “isonomia dos resultados para litigantes em posição idêntica”,

---

<sup>377</sup> Cf. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110. Registra esse mesmo autor que houve um equívoco de ordem técnica na redação do inciso II do § 7.º deste art. 543-C do CPC, quando se afirmou que “os recursos especial sobrestados na origem serão novamente examinados pelo tribunal de origem”, pois o tribunal de origem não examina o recurso especial, quando muito a sua admissibilidade, apenas: “Ora, os próprios ‘recursos especiais’ não podem, por evidentes motivos, ser ‘novamente examinados’ pelo tribunal de origem (que os não examinou...) e que, aliás, para tanto seria constitucionalmente incompetente.” *Idem, ibidem*, p. 111.

<sup>378</sup> Dentre os temas que tiveram de ficar de fora da nossa breve explanação está a análise das medidas a serem adotadas no caso de equivocada eleição ou sobrestamento de recurso especial tido por repetitivo, quando, em verdade, não trate da mesma questão de direito. A esse respeito conferir, dentre outros: ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recurso especial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>379</sup> Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 684.



recheando a prestação jurisdicional de valores como a igualdade, segurança jurídica e previsibilidade.<sup>380</sup>

É de se reconhecer, portanto, que o art. 543-C do Código de Processo Civil se vale do poder persuasivo inerente aos precedentes para fundamentar todo um procedimento de julgamento, com o que denota estar havendo um nítido estímulo para que o sistema processual adote com maior entusiasmo técnicas que imponham o respeito aos precedentes das Cortes Superiores no processo civil.

Esta postura no processo civil, a partir da Lei n.º 11.672/08, se tornou tão emblemática, a ponto de se verificar a eficácia dos precedentes para o futuro. Isto é, impõe-se no processo civil o respeito ao precedente que ainda não se firmou, que ainda não surgiu em caráter definitivo.

Evidencia-se essa circunstância com a constatação de que o critério para a instauração do procedimento dos recursos repetitivos é a multiplicidade de demandas com fundamento em idêntica questão de direito, ou seja, é a crescente litigiosidade sobre determinado tema de direito; prescindindo, num primeiro momento, de que haja jurisprudência dominante ao seu respeito (art. 543-C, *caput* e § 1.º, do CPC).

Sendo certo que já a partir disso, resta autorizado aos presidentes dos tribunais de origem a seleção dos recursos representativos da controvérsia e, note-se, determinar a suspensão dos demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça que, aí sim, firmará o precedente a ser seguido pelas instâncias inferiores.

O sobrestamento dos demais recursos especiais, a toda evidência, descreve eficácia prospectiva decorrente da expectativa de surgimento do precedente da Corte Superior capaz de solucionar, de forma isonômica e célere, a multiplicidade de recursos especiais flagrada com fundamento em idêntica questão de direito. É dizer, que o sobrestamento dos recursos é um efeito causado pela força do precedente, que por sua vez ainda não existe concretamente plasmado em posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier chamam a atenção, ainda, para o fato de que “já se decidiu que o sobrestamento pode aplicar-se

---

<sup>380</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 875.

não apenas a recursos especiais interpostos, mas, também, a apelações em que idêntica questão de direito é objeto de discussão”.<sup>381</sup>

Trata-se do julgamento do REsp. 1.111.743/DF, de relatoria originária da Min. Nancy Andrighi, que restou vencida, e cujo relator para o acórdão foi o Min. Luiz Fux, que atualmente ocupa vaga no Supremo Tribunal Federal. Dada sua peculiaridade, pedimos vênia para citar apenas a íntegra da sua ementa; vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA CF/1988. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, POR FORÇA DE SUBMISSÃO DA QUAESTIO IURIS CONTROVERTIDA AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C, DO CPC - RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICO-SISTÊMICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS (ART. 5.º LXXVIII, DA CRFB/1988). 1. A submissão de matéria jurídica sob o rito prescrito no artigo 543-C, do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008, justifica a suspensão do julgamento de recursos de apelação interpostos nos Tribunais. 2. A suspensão dos julgamentos das apelações que versam sobre a mesma questão jurídica submetida ao regime dos recursos repetitivos atende a exegese teleológica-sistêmica prevista, uma vez que decidida a irresignação paradigmática, a tese fixada retorna à Instância a quo para que os recursos sobrestados se adequem à tese firmada no STJ (art. 543-C, § 7.º, I e II, do CPC). 3. É que o novel instituto tem como ratio essendi evitar o confronto das decisões emanadas dos Tribunais da Federação com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mercê de a um só tempo privilegiar os princípios da isonomia e da segurança jurídica. 4. A ponderação de valores, técnica hoje prevalecente no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calcada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais. 5. Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, na uniformização de jurisprudência, a cisão funcional impõe que a tese fixada no incidente seja de adoção obrigatória no julgado cindido, por isso que a tese repetitiva adotada pelo Tribunal competente para conferir a última exegese à legislação infraconstitucional também é, com maior razão, de adoção obrigatória pelos Tribunais locais. 6. A doutrina do tema assenta que: Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com freqüência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja

---

<sup>381</sup> Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 251.

diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito - que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais - e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, págs. 4 e 5) 7. Deveras, a estratégia político-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do civil law e do common law, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para "casos iguais", "soluções iguais". 8. Recurso especial conhecido e desprovido.<sup>382</sup>

Pelo que se pode depreender, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entende, por maioria de votos – sete contra cinco e contando com duas ausências justificadas –,<sup>383</sup> com apelo para a interpretação teleológico-sistêmica do art. 543-C do Código de Processo Civil e, igualmente, com apelo ao princípio da razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF), atesta e aconselha o sobrestamento de recursos ordinários em sede dos tribunais de segunda instância, quando identificada a matéria afetada ao julgamento por amostragem. O que pode ser identificado como um plus ao grande poder que já se vê atribuído aos precedentes por nossa norma processual civil.

Por fim, vale o registro de que outra decisão emblemática adotada a respeito do sistema de processamento dos recursos repetitivos e que também evidencia uma forte tendência para a valorização dos precedentes no Código de Processo Civil, que é comentada por Bernardo Pimentel Souza<sup>384</sup> e Rodolfo de Camargo Mancuso.<sup>385</sup>

---

<sup>382</sup> REsp 1111743/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010.

<sup>383</sup> “Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki conhecendo do recurso especial, mas negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Francisco Falcão, e os votos dos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Eliana Calmon acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, por maioria, conhecer do recurso especial, mas negar-lhe provimento. Vencidos as Sras. Ministras Relatora, Laurita Vaz e Eliana Calmon e os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Aldir Passarinho Junior. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Luiz Fux. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.” REsp 1111743/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/02/2010, DJe 21/06/2010. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1111743&b=ACOR#DOC1](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1111743&b=ACOR#DOC1) Consultado em: 23/01/2013.

<sup>384</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>385</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Trata-se da Questão de Ordem suscitada no REsp. 1.063.343/RS, assim ementada:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.<sup>386</sup>

Bernardo Pimentel Souza anota que fora deflagrada ampla discussão no julgamento da questão de ordem oposta, tendente a saber se é ou não possível a desistência do recurso especial representativo da controvérsia para julgamento por amostragem, tendo prevalecido o fundamento de que o interesse público no seu julgamento deve suplantar o interesse privado na sua desistência: “Daí a tese vitoriosa no julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: o artigo 543-C deve ser interpretado como exceção ao artigo 501, o qual não incide em relação aos recursos especiais repetitivos admitidos e processados à vista daquele novel preceito.”<sup>387</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso, abordando o julgamento em questão, o identifica como indício de adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, em relação ao recurso especial, da “tese de *objetivação* dos recursos excepcionais”.<sup>388</sup> Parece-nos, de fato, ser neste sentido o caminhar evolutivo, tanto da jurisprudência quanto da legislação brasileiras.

### 13.2.2 Eficácia horizontal dos precedentes no Código de Processo Civil

Colhe-se da nossa norma processual civil vigente, não apenas dispositivos que estimulam as instâncias inferiores a guardarem a devida observância aos precedentes dos tribunais superiores, mas também dispositivo que instigam a que os tribunais superiores observem seus próprios julgados e posicionamentos anteriormente

---

<sup>386</sup> QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009.

<sup>387</sup> Cf. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686.

<sup>388</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 359.

assumidos como mecanismo de orientação para decisões futuras, o que tem o condão de evitar o surgimento de decisões díspares em casos semelhantes, desenhando uma eficácia horizontal dos seus próprios precedentes.

Esse é o caso do art. 544 do Código de Processo Civil, que analisaremos com brevidade em seguida.

### 13.2.2.1 *Decisão monocrática do relator (art. 544, § 4.º, inc. II, 'b' e 'c', do CPC)*

O art. 544 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe atribuiu a Lei n.º 12.322/10, está inserido na seção que trata dos recursos extraordinário e especial, cabíveis para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente; órgãos de cúpula do judiciário nacional em sede de matéria atinente ao direito federal constitucional e direito federal infraconstitucional, conforme já explicitado anteriormente.

Considerando que a interposição do recurso especial se dá na instância de origem, a qual, em primeiro lugar, cumpre exercer o juízo de admissibilidade que, na tradição do direito brasileiro, é bi-partido,<sup>389</sup> pode ocorrer de o recurso especial não ser admitido na origem (art. 542, § 1.º, do CPC), de modo a desafiar a interposição de agravo nos próprios autos (art. 544, *caput*, do CPC), que terá o condão de forçar remessa dos autos à superior instância, para o exame da pretensão recursal.<sup>390</sup>

É neste momento que a lei processual civil atribui poderes ao relator para, conhecendo do recurso de agravo em recurso especial, negar-lhe ou dar-lhe provimento

---

<sup>389</sup> A esse respeito leciona Flávio Cheim Jorge: “O juízo de admissibilidade dos recursos no direito brasileiro, ao contrário do italiano e do alemão, é exercido, como regra, em duas fases ou etapas. A primeira pelo juízo monocrático, que proferiu a decisão recorrida, e a segunda pelo órgão *ad quem* quando do julgamento efetivo do recurso. Tal possibilidade advém da circunstância de os recursos serem interpostos perante o órgão que prolatou a decisão recorrida. É o que acontece com a apelação, que é interposta perante o juiz de primeiro grau; com o recurso especial, que é interposto perante o tribunal local; e assim por diante. A única exceção é o agravo de instrumento, que após a modificação introduzida com a Lei 9.139/95, passou a ser interposto diretamente perante o Tribunal de Justiça, órgão com competência para julgá-lo (art. 524 do CPC).” Cf. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74.

<sup>390</sup> Pondera Athos Gusmão Carneiro, que “admitido o recurso, o processo segue ao Tribunal de destino; se interpostos e admitidos ambos os recursos, o processo é de início remetido ao Superior Tribunal de Justiça, art. 543”. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 269.

à luz da jurisprudência sumulada ou dominante do próprio Superior Tribunal de Justiça (art. 544, § 4.º, inc. II, ‘b’ e ‘c’, do CPC).<sup>391</sup>

Esclarece Araken de Assis que, uma vez interposto o agravo contra a decisão que não admitiu o recurso especial, do relator deve-se esperar pelo menos quatro atitudes possíveis, a saber:

“(a) não conhecer do agravo [...], porque inadmissível, incluindo o caso de não atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada; (b) negar provimento ao agravo [...], porque a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal *a quo* avaliou, corretamente, a inadmissibilidade; (c) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal; (d) dar provimento ao agravo [...] para, conhecendo o recurso, dar-lhe provimento e reformar o acórdão recorrido, na hipótese de a decisão recorrida contrastar com jurisprudência dominante ou com súmula do STF ou do STJ, cuidando-se, respectivamente, de recurso extraordinário e recurso especial.”<sup>392</sup>

Ainda mais analítico é Athos Gusmão Carneiro quando ensina que:

“Protocolado e distribuído o processo no Tribunal de destino, o relator, em decisão fundamentada (CF, art. 93, IX), poderá: A) Em primeiro lugar, julgar o agravo, para: 1) dele simplesmente não conhecer, quando manifestamente inadmissível ou inepto; ou, ainda, quando na o tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; 2) dele conhecer para negar-lhe provimento, quando correta a decisão da Presidência do tribunal de origem que não admitiu o recurso especial ou extraordinário, inclusive pela ausência de pressupostos específicos tais como o prequestionamento das questões de direito invocadas e o reconhecimento dos requisitos constitucionais do apelo extremo; ou, ainda. 3) dele conhecer para dar-lhe provimento, remetendo o apelo extremo a julgamento pelo colegiado competente. Esta decisão é irrecurável, nos termos do art. 258, § 2.º, do RISTJ, e isso porque os pressupostos de admissibilidade do recurso especial podem ser reexaminados pelo colegiado, prefacialmente, quando do julgamento do recurso. B) Poderá o relator, outrossim,

---

<sup>391</sup> “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...] § 4.º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I – não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II – conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>392</sup> Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 536.

apreciar diretamente o próprio recurso extraordinário ou especial, para negar-lhe seguimento quando manifestamente inadmissível ou prejudicado, ou caso revele pretensão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal. C) Ou o relator dará provimento ao recurso extraordinário ou especial, caso a decisão recorrida seja contrária a súmula ou jurisprudência dominante no tribunal (art. 544, § 4.º). D) Nas hipóteses em que não venha à balha súmula nem jurisprudência dominante da Corte, o relator conhecerá do agravo para submeter ao órgão colegiado o exame de mérito do recurso especial ou extraordinário, nos termos do regimento interno do respectivo; determinará, então, a colocação do recurso em pauta, após a ouvida, se for o caso, do Ministério Público.”<sup>393</sup>

Como visto, mais uma vez o legislador ordinário se vale da jurisprudência sumulada ou da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça como fundamento suficiente a justificar, com segurança e confiabilidade, seja, ainda que provisoriamente e em um primeiro momento, suprimida a discussão do órgão colegiado acerca do recurso interposto, ao passo que legitima ao relator o exercício do poder de decidir singularmente à luz dos precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça.

### 13.3 O recurso especial como veículo de formação de precedente interpretativo

No Capítulo III, item ‘6.3’, desta pesquisa, tivemos a oportunidade de, com base em preceitos brevemente apresentados acerca da teoria dos precedentes, conceituar precedente como sendo a decisão judicial que, não se limitando a repetir texto de norma ou de julgado anterior, efetivamente interpreta o direito e elabora a tese jurídica de maneira clara e bem definida, mediante o enfrentamento de todos os principais argumentos e fundamentos para a questão de direito versada, atraindo, por isso, status de solução paradigmática.

Também já tivemos oportunidade de tecer exposição acerca da dogmática do recurso especial (v. Capítulo V), relevada dentre os meandros de sua essência constitucional, associada à regulamentação infraconstitucional e, inclusive, jurisprudencial, com o que foi possível identificá-lo como típico recurso de estrito direito, despojado que está do questionamento fático-probatório da causa e comprometido, apenas, com a incolumidade e uniformidade do entendimento acerca do direito federal infraconstitucional, que por sua vez limita o alcance do efeito devolutivo do próprio recurso especial exclusivamente à questão de direito federal infraconstitucional suscitada.

---

<sup>393</sup> Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 272.

Com isso, vemos que o recurso especial guarda característica essencial para servir de instrumento de formação de precedentes no ordenamento jurídico nacional, qual seja: a competência para uniformização do direito federal infraconstitucional, por meio do exame de questão de direito, não de fato.<sup>394</sup>

Neste sentido, vejamos o entusiasmo de José Manoel de Arruda Alvim Netto:

“Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, normalmente, circunscritas às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e, com isto, projetam-se o prestígio e autoridade da decisão nos segmentos menores da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. É nesta segunda perspectiva, em grau máximo, que se inserem, por excelência, as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Sendo o mais elevado Tribunal em que se aplica o direito federal infraconstitucional, ao afirmar a correta inteligência do direito federal – e é sempre isso que afirma o STJ e não outra coisa –, o valor e o peso inerentes a tais decisões é enorme, por causa da posição pinacular do STJ. Esta é a razão em virtude da qual tais pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influenciando.”<sup>395</sup>

Porém, embora sejam identificáveis, como exposto linhas acima, as hipóteses em que o legislador ordinário atribui força de precedente à jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça, a verdade é que, nem toda decisão, ainda que exclusivamente tratando de questão de direito, como é o caso do recurso especial, enseja precedente.

A decisão que enseja o precedente há de ser aquela que “elabora a tese jurídica”, necessariamente abordando, sob todos os aspectos relevantes, “os principais argumentos relacionados à questão de direito”, o que não se verifica na atual conjuntura de tribunais abarrotados.<sup>396</sup>

---

<sup>394</sup> “Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* –, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito a questão de fato.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 215.

<sup>395</sup> Cf. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. RePro n.º 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 37 e ss.

<sup>396</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.



Desse modo, a “elaboração da tese jurídica” na decisão do recurso especial encontra um obstáculo cultural de grande envergadura, que ainda precisa ser suplantando. Trata-se da máxima de que “o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”.<sup>397</sup>

Note-se que até mesmo apesar de o regramento de julgamento dos recursos repetitivos aconselhar a seleção de processos representativos da controvérsia “que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial” (§ 1.º do art. 1.º da Resolução 8 do STJ), não há garantias no ordenamento jurídico atual de que não venha a ser proferida decisão sem o adequado enfrentamento de todos fundamentos relevantes, e, dentre eles, os indicados pelas.

De *lege ferenda*, entretanto, nos é possível identificar que o legislador ordinário está se movendo em trajetória conflitante com a praxe da deficiente fundamentação das decisões judiciais, mormente em sede de recurso especial, quando se constata que o projeto do novo Código de Processo Civil, no capítulo que trata do incidente de resolução de mandas repetitivas, do Livro III, Título I, contempla norma que afirma positivamente que “a fundamentação do acórdão conterà a análise de todos os fundamentos suscitados favoráveis ou contrários à tese jurídica discutida”.<sup>398-399</sup>

---

<sup>397</sup> EDcl no AgRg no REsp 1300129/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012.

<sup>398</sup> “Art. 1003. O incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo. [...] § 3.º A fundamentação do acórdão conterà a análise de todos os fundamentos suscitados favoráveis ou contrários à tese jurídica discutida.” Projeto de Lei n.º 166/2010, com a redação do Relatório-geral do Dep. Sérgio Barradas Carneiro (PLs n.º 8.046/10 – Câmara dos Deputados ).

<sup>399</sup> Registra-se, também de *lege ferenda*, que o texto do PL n.º 166/2010 (PLs n.º 8.046/10 – Câmara dos Deputados), com a redação do Relatório-geral do Dep. Sérgio Barradas Carneiro, traz ainda, na Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XV, Seção II, que trata “Dos elementos, dos requisitos e dos efeitos da sentença”, dispositivo que denuncia o que se entenderá por decisão não fundamentada, a saber: “Art. 500. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. § 1.º Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2.º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.” Projeto de Lei n.º 166/2010, com a redação do Relatório-geral do Dep. Sérgio Barradas Carneiro (PLs n.º 8.046/10 – Câmara dos Deputados ).

Para além disso, há de se exigir uma mudança de postura da comunidade jurídica em face das decisões dos órgãos de cúpula, de que é exemplo do Superior Tribunal de Justiça, quando do exercício do seu mister constitucional de dizer o direito federal infraconstitucional, sob pena de não se lograr a verificação do precedente quando se decidir de maneira paradigmática. É que ainda não dispomos da cultura e métodos adequados para investigarmos os julgados proferidos, o que inviabiliza a própria identificação do precedente e, conseqüentemente, a sua aplicação.

Alerta Charles D. Cole que a metodologia de ensino jurídico precisa se adaptar ao uso de precedentes, assim como a prática dos tribunais e magistrados, que devem guardar o compromisso de decidir vislumbrando permitir ao leitor “compreender os fatos que são relevantes para as decisões da Corte e as regras de direito aplicadas aos fatos”. Maturidade essa que, em verdade, ainda não alcançamos.

Destarte, malgrado tenhamos um recurso especial adequadamente instrumentalizado e vocacionado para a definição de questões de direito, em prol da sua uniformização em todo o território nacional, o que revela a sua aptidão como veículo de formação de precedente interpretativo da norma federal infraconstitucional, aspectos da nossa cultura jurídica ainda embaraçam o seu reconhecimento como tal.

Fica, então, a sensação de que ainda precisamos sentir e aguardar mais impulsos de evolução legislativa e jurisprudencial, para que seja dado um passo adiante, visando emprestar adequada utilidade à ferramenta do recurso especial, de ampla potencialidade.

#### **13.4 A transcendência da *ratio decidendi* do recurso especial**

Justamente por não dispormos de cultura jurídica habituada com o manejo de precedentes, bem como por não dispormos do ensino jurídico adequado a esse fim e, também, da prática judicial mais apropriada, importa-nos neste item expor o que enseja a transcendência da *ratio decidendi* dos precedentes, afastando equivocada visão, ou concepção, que intuitiva e habitualmente se tem ao seu respeito.

Com efeito, em nosso sistema jurídico eivado pela busca da subsunção da hipótese fática concreta ao arquétipo abstrato normativo, costuma-se relegar pouca importância para tudo o quanto conste em uma decisão judicial, a não ser para o seu dispositivo.

A explicação dessa razão é simples e decorre do quanto previsto no art. 469 do Código de Processo Civil, que diz não fazer coisa julgada: “I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Portanto, num exercício de lógica inversa, importa coisa julgada o dispositivo da decisão judicial (leia-se: sentença e acórdão), em que se materializa a prestação jurisdicional em forma de mandamento acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, a questão submetida ao juízo.<sup>400</sup>

A decisão judicial, por sua vez, não prescinde de outros dois elementos além do dispositivo, são eles: o relatório e os fundamentos (art. 458 do CPC).<sup>401</sup>

No relatório o magistrado deverá registrar, além da qualificação das partes, o resumo do pedido e da resposta, bem como elencar as principais circunstâncias havidas no processo até o momento (art. 458, inc. I, do CPC). Conforme sustentam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, em certa medida “o relatório faz parte da fundamentação”, pois este também deve contemplar a análise das questões de fato e de direito deduzidas pelas partes (art. 458, inc. II, do CPC).<sup>402</sup>

Apesar de abordarem pontos essenciais para a compreensão da lógica da decisão, relatório e fundamentos são elementos relegados a segunda importância em nosso sistema jurídico, dado que a lei processual atribui eficácia de imutabilidade e indiscutibilidade (coisa julgada) ao dispositivo; à solução apenas.<sup>403</sup> Sendo certo, ainda,

---

<sup>400</sup> Vale o registro de que o art. 470 do CPC assevera fazer coisa julgada, também, a questão prejudicial quando assim o requerer a parte, nos termos do art. 5.º do CPC: “Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução de questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5.º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>401</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>402</sup> Cf. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 285.

<sup>403</sup> Acerca da previsão no CPC dos arts. 469 e 470, assim afirma Alexandre Freitas Câmara: “Com base nestes dispositivos se pode afirmar que apenas o dispositivo da sentença transita em julgado. O relatório, que obviamente não contém qualquer elemento decisório, não transita em julgado. Quanto à motivação da sentença, esta não é alcançada pela coisa julgada, como se verifica pela leitura do art. 469 do CPC.” Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 474 e 475.

que essa eficácia da coisa julgada encontra limites subjetivos entre as partes participantes do processo (art. 472 do CPC, primeira parte),<sup>404</sup> dificilmente enxergamos a possibilidade de que os efeitos da decisão se dissipem externamente ao processo em que foi proferida, influenciando demandas outras. Nesta esteira, por pior ainda, não se afigura fácil cogitar da transcendência dos fundamentos da decisão, que sequer fazem coisa julgada.

Trata-se, com efeito, de equivocada visualização da questão da eficácia transcendente da *ratio decidendi* de uma decisão, que não tem nada a ver com os limites objetivo e subjetivo da coisa julgada eventualmente verificada na relação processual que se instaurou anteriormente.<sup>405</sup>

Sustenta Luiz Guilherme Marinoni que no *common law* a importância dos fundamentos, e, portanto, a verificação da transcendência dos seus motivos determinantes, decorre do fato de ser ele elemento essencial a transmitir “o significado da decisão judicial [que] importa para que os jurisdicionados possam se orientar e para que os juízes saibam como devem tratar os casos judiciais iguais ou assemelhados”.<sup>406</sup>

A partir disso verificamos claramente uma mudança na perspectiva de análise quando se olha para a possibilidade de transcendência da *ratio decidendi* de uma decisão, em relação ao que se tem com a coisa julgada. Neste, por evidente, o que importa é a segurança jurídica das partes litigantes, enquanto que naquele o que importa é a segurança dos jurisdicionados e dos órgãos judiciais, como um todo. É a necessidade de segurança e previsibilidade do sistema jurídico que atribui importância à *ratio decidendi*.<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.” Lei n.º 5.869/73 – Código de Processo Civil.

<sup>405</sup> É o que defende Luiz Guilherme Marinoni, quando assevera que no *common law* “o valor da fundamentação da decisão judicial nada tem a ver com a coisa julgada material ou com a tese de se estender a coisa julgada material aos fundamentos”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

<sup>406</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 221.

<sup>407</sup> Mais uma vez, Marinoni: “[...] na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

Desse modo, verifica-se possível asseverar a eficácia transcendente da *ratio decidendi* sem que se comprometa a construção doutrinária acerca da coisa julgada e seus limites, bem como sem que se levante a bandeira da inaplicabilidade desta razão no sistema jurídico brasileiro, de inspiração romano-germânica (*civil law*), dado que se revelam fenômenos distintos e que, por isso mesmo, não se contrapõem num mesmo plano de discussão em que se pudesse evidenciar um conflito entre eles, bem como porque, como ensina Hermes Zaneti Júnior, “os ordenamento jurídicos, em ambas tradições evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade, cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica”.<sup>408</sup>

### 13.5 A eficácia do precedente revelado no recurso especial

A eficácia que deve ostentar o precedente identificado no julgamento do recurso especial é questão que suscita um problema de ordem cultural, não propriamente jurídico.<sup>409</sup>

No que tange à oportunidade de utilização da teoria dos precedentes (*stare decisis*), proveniente do sistema de tradição anglo-saxônica (*common law*), em sistemas de tradição romano-germânica (*civil law*), como é o caso do Brasil, importante notar que a referência ao costume jurisprudencial há muito é uma constante para os nossos operadores do direito, mormente magistrados, advogados e membros do Ministério Público, sendo referida também pela doutrina e pelos próprios tribunais, visando exprimir o real significado do Direito. Trata-se de circunstância notória.

É dizer: já olhamos para os julgamentos dos nossos tribunais de uma forma distinta de outrora e, hoje, muito próxima do que se passa no *stare decisis*, porém sem reconhecermos expressamente que o que se faz quando se indica um julgado em um ato postulatório, afirmando-se que uma causa semelhante fora decidido de determinada maneira, na verdade se está a pedir que seja respeitado tal precedente. Da mesma forma,

---

<sup>408</sup> Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 247.

<sup>409</sup> “Também é oportuno que se diga que seguir precedentes é também uma questão de *cultura*, porque, na Inglaterra, mesmo se uma *ratio* tiver pura e simplesmente valor persuasivo, esta será seguida, a não ser que o juiz tenha uma séria razão para não fazê-lo.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

quando o magistrado apóia sua decisão em julgado de tribunal de superior hierarquia, não se diz expressamente que se está respeitando dito precedente.

Talvez porque, como diz Eduardo Talamini, há pelo menos três diferentes acepções possíveis para esta ideia de respeito aos precedentes, impropriamente chamadas de “força vinculante”, sendo que o mais comum entre nós é o precedente de mera persuasão, de “vinculação fraca”.<sup>410</sup>

Segundo Talamini em nosso ordenamento jurídico somente ostentam “vinculação forte” as decisões finais, seja para o acolhimento ou não, na “ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante (arts. 102, §§ 1.º e 2.º, e 103-A, da CF/1988; arts. 11, § 1.º, 12-F., § 1.º, 21, 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999; arts. 5.º, § 3.º, e 10, § 3.º, da Lei 9.882/1999; art. 2.º da Lei 11.417/2006)”.<sup>411</sup>

Entretanto, reconhece-se com uma “vinculação [de força] média” o precedente que guarde idoneidade para sustentar a abreviação do procedimento nos casos legalmente autorizados, a exemplo da sentença liminar de mérito (art. 285-A do CPC), da vedação à remessa necessária (art. 475, § 3.º, do CPC), do impedimento a recurso (art. 518, § 1.º, do CPC), da decisão monocrática que nega seguimento ou dá provimento a recurso (art. 557 do CPC) e da decisão em sede de processamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) – numa perspectiva vertical –, bem como a exemplo da decisão monocrática do relator ao analisar o agravo em sede de recursos excepcionais (art. 544, § 4.º, inc. II, do CPC) – numa perspectiva horizontal:

“De todo modo, pode-se falar em uma “vinculação média” nos casos ora em discurso: há, além da força persuasiva a que se aludiu antes, um regime jurídico que expressamente atribui consequências especiais ao precedente ou à orientação jurisprudencial. Além disso, a ampliação de tais hipóteses, no curso dos anos, retrata a intensificação da importância atribuída à jurisprudência em nosso sistema, em prol da economia processual e da segurança jurídica. Os valores

---

<sup>410</sup> “Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *civil law*. O precedente funciona, então, como mero argumento de autoridade – invocado pelas partes para influenciar a formação da convicção do órgão julgador, ou invocado pelo julgador para fundamentar sua decisão. Pode-se aludir, nessa hipótese, a uma “vinculação fraca”.” TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

<sup>411</sup> Cf. TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

subjacentes e os fins visados são em larga medida os mesmos da eficácia vinculante propriamente dita.”<sup>412</sup>

De outro passo, importante notar que não resta mais autorizada a alusão a *common law* e *civil law* como sistemas absolutamente opostos e, sobretudo, inconciliáveis, pois “a verdade é que hoje existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais e, sobretudo, variadas experiências de reforma que não podem ser consideradas em termos genéricos”.<sup>413</sup>

Não mais existe um sistema puro de *civil law* e, por conseguinte, não mais se vislumbra um sistema de *common law* que não tenha sofrido influência daquele. A Inglaterra, berço do *stare decisis* e onde este se realiza em sua forma mais rígida já conta com um verdadeiro Código de Processo Civil escrito. Os Estados Unidos da América, por sua vez, também convive com normas escritas e com o *stare decisis*, sem notícia de incompatibilidade.<sup>414</sup>

Portanto, não há mais obstáculos para que sejam valorizadas as decisões paradigmáticas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, senão a resistência dos próprios operadores do direito, pois entranhada em nossa cultura legalista.

Porém essa resistência é compreensível, na medida em que não temos o domínio (*know-how*) das técnicas de identificação e superação dos precedentes. Os processos judiciais não se abrem para essa discussão, e isso denota se tratar de um problema cultural.

Não nos preocupamos com a possibilidade de surgimento de decisões distintas em casos semelhantes, são ossos do ofício. Esta mazela de decisões conflitantes é um fato consumado em nossa cultura que sequer gera o espanto devido, de tão entranhada na nossa lida. Estranhamente, contudo, optamos por defender a independência do julgador, sob o pálio de se tratar de uma garantia do cidadão,

---

<sup>412</sup> Cf. TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144-147.

<sup>413</sup> Cf. TARUFFO, Michele. *Icebergs de common law e civil law? macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verdade*. In: Temas atuais de direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Organizadores: Francisco Vieira Lima Neto, Gilberto Fachetti Silvestre, Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 669.

<sup>414</sup> “Hoje, todavia, há leis escritas na Inglaterra, inclusive em forma de Código, como, por exemplo, o Código de Processo Civil de 1998.” Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121 e ss.

permitindo-lhe executar sua tarefa com ampla liberdade e sem nenhuma responsabilidade para com o ordenamento jurídico e para com o Estado Democrático, tolerando decisões que atentam contra a isonomia e a segurança jurídica, preceitos estes facilmente extraídos da Constituição Federal (art. 5.º, *caput*, da CF).

O curioso é que também parece que não nos demos conta de que a incerteza e a imprevisibilidade acerca das decisões judiciais, fomentada pela falta de uma ferramenta adequada à promoção dessa reorganização do nosso Direito frente aos decisionismos de toda sorte, é o que, em última análise, fomenta a litigiosidade maçante que sobrecarrega os nossos tribunais, dado que, também em nossa cultura, permanece viva a esperança de uma “grande virada” do resultado do processo ao se recorrer para a própria, a próxima e a próxima instância, pois o que se tem de certeza em nossa cultura jurídica é que da caneta de um juiz se pode esperar de um tudo.

A opção por uma estratégia de valorização dos precedentes em sede processual civil, portanto, se verifica premente e oportuna, porém deve ser implantada – aliás como tudo no sistema de *civil law* – por iniciativa legislativa, o que nos parece estar próximo de acontecer, mormente se levarmos em consideração, não apenas as flagrantes medidas de valorização dos precedentes acima citadas, exploradas e já previstas em nosso Código de Processo Civil. Mas, sim, de *lege ferenda*, pelo que se vê do Projeto do novo Código de Processo Civil que destaca uma seção inteira para tratar da matéria (Livro I, Título I, Capítulo XV, Seção III - Do precedente judicial), bem como modifica a normatividade acerca da sentença (Livro I, Título I, Capítulo XV, Seção II - Dos elementos, dos requisitos e dos efeitos da sentença), tornando muito mais específica a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX, da CF), em prol de se obter mais recursos para a identificação e correta utilização dos precedentes judiciais.

Legislação neste sentido, ao nosso sentir, apenas viria a regulamentar o que já diz escancaradamente a nossa Constituição Federal (art. 92 e seguintes, da CF), quando previu a estrutura judiciária organizada com competência distintas, é bem verdade, mas, também, com uma orientação hierarquizada muito nítida a permitir que seja dedutível o intento de que as decisões emanadas dos órgãos da cúpula do judiciário, dentro de sua competência constitucional – como é o caso do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial –, devem valer para as instâncias inferiores que, por outro lado, devem ter a independência assegurada para adotar referido posicionamento, isso com liberdade e responsabilidade, de modo que, também com



independência, poderá ser afastada a aplicação do precedente, desde que justificadamente.

O que não mais se deve aceitar é que “a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão”.<sup>415</sup>

---

<sup>415</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

## CAPÍTULO VII

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de últimas considerações, obviamente sem subjugar o trabalho que, pelos conceitos e institutos por ele abordados, bem como pela profundidade das questões tratadas, não poderia, em absoluto, se conter resumido nestas derradeiras palavras, também porque não dispomos de tamanha objetividade, gostaríamos de deixar a reflexão de que a verificação de decisões em sentidos diversos, muitas vezes opostos, acerca do trato de causas semelhantes é uma situação insustentável em sede de Estado Democrático de Direito (ou como alguns preferem, Estado Constitucional de Direito).

As circunstâncias que favorecem esse panorama, se decorrentes de um processo evolutivo e inevitável do Direito, consistente na outorga de maior liberdade para os magistrados exercerem a jurisdição, o que seria uma necessidade da sociedade moderna, não pode encabular, de forma algum a certeza, previsibilidade e isonomia que são preceitos caros ao Direito; que exige, por sua vez, sejam buscados mecanismos para aplacar o surgimento de inconsistências no exercício da tutela jurisdicional que diz o seu conteúdo, com o propósito de resgatar o próprio prestígio e crédito que o Poder Judiciário precisa gozar perante a sociedade.

A teoria dos precedentes, de origem anglo-saxã (*common law*), parece ofertar resposta interessante para o problema das decisões que variam ao sabor das íntimas convicções dos órgãos judiciais brasileiros.

Porém é preciso ter em mente que não se pretendeu, de maneira intencional, a criação de uma teoria dos precedentes judiciais no Direito Processual Civil brasileiro, calcada na experiência do *common law* que se preocupa com a certeza, previsibilidade e isonomia do ordenamento jurídico. O impulso que moveu o nosso legislador foi o emperramento dos nossos tribunais frente ao excesso de demanda por provimento jurisdicional (recursos, em sua maioria).

É dizer: a preocupação inicial foi com o grande volume de casos a julgar, não com a qualidade desse julgamento; bem como não se preocupou com o reflexo

desse julgamento perante a sociedade, senão perante o próprio tribunal que seria desonerado da pesada carga de trabalho.

É preciso, porém, modificar esse foco, pois assim não se está combatendo a causa de uma patologia (litigiosidade), mas apenas o seu sintoma (excesso de demanda/recursos).

Redução da quantidade de demanda/recursos tem a ver com o desestímulo à litigiosidade, e não simplesmente com o julgar rápido ou em massa (por amostragem). A litigiosidade, por sua vez, tem a ver com a conformação do espírito do litigante, o que é alcançado com a confiança de se ter um ordenamento jurídico previsível, estável e que oferta soluções isonômicas.

Nesta esteira é factível que a oportunidade de se valorizar decisões anteriores, com mecanismos que ensejam a observância dos precedentes nas perspectivas vertical e horizontal da organização judiciária, além de viabilizar a celeridade, por potencializar a capacidade de julgamento, proporcionará maior segurança jurídica ao Direito e ao provimento judicial, que passarão a ostentar estabilidade, previsibilidade e isonomia.

Malgrado essa concepção espúria, temos a revitalização do recurso especial – de caráter excepcional e oriundo da mais alta corte em termo de interpretação do direito federal infraconstitucional, a quem cumpre dizer o sentido do direito de forma definitiva, a última palavra –, revelando-se instrumento adequado a veicular precedentes, como inclusive fora reconhecido pelo legislador quando das reformas implementadas pelas Leis n.ºs 9.756, de 17 de dezembro de 1998, 10.352, de 26 de dezembro de 2001, 11.276 e 11.277, ambas de 7 de fevereiro de 2006, e 11.322, de 9 de novembro de 2010, que valorizam as decisões dos Tribunais de Sobreposição.

Nasce, então, a necessidade de se aprender a lidar com o precedente: identificá-lo e enquadrá-lo diante do caso concreto pendente de exame judicial, seja para o fim de prestigiá-lo adotando-se a sua tese jurídica (*ratio decidendi*), seja para distinguir a hipótese em apreço (*distinguishing*), fundamentando a adoção de tese outra, mas ainda assim em respeito à isonomia e segurança jurídica.

Nesta linha é que nos parece natural reconhecer que as decisões em sede de recurso especial são para onde se devem olhar quando a resolução das causas importarem na aplicação do direito federal infraconstitucional em matéria de sua competência, tendo-se a preocupação e o cuidado de se adotar o entendimento mais consentâneo para o ordenamento jurídico, ora seguindo a tese fixada em caso semelhante, ora rechaçando fundamentadamente a sua aplicação quando o caso sob exame guardar peculiaridade não vislumbrada no precedente.

Para tanto, a prestação jurisdicional não pode ficar alheia à abertura para o debate acerca da incidência do precedente, tenha sido ele trazido pelas partes ou vislumbrado pelo órgão julgador, o que é típico nos sistemas de *common law* e absolutamente ignorado por nossa tradição romano-germânica.

A ideia de se respeitar o precedente, entretanto, também pressupõe a existência de precedente digno de respeito.

Sob esse aspecto, imperioso reforçar que o Superior Tribunal de Justiça precisa assumir, cada vez mais, a responsabilidade traduzida na sua missão constitucional, afastando-se de posturas que atentem contra a excepcionalidade do recurso especial que, como vimos, distingue-se da apelação, também por não ser, com efeito, o Tribunal da Cidadania, no exercício de sua competência especial, mais uma instância ordinária na escalada recursal civil.

Assim, o respeito à técnica na verificação do âmbito de devolução do recurso especial é essencial para fins de efetivamente se enfrentar a questão federal suscitada e sobre ela emitir provimento que revele a sua inteligência, dando a resposta ao ordenamento jurídico em primeiro lugar. Como vimos, ainda é comum ao Superior Tribunal de Justiça, diante do desejo de julgar a causa, declinar da sua competência constitucional de enfrentar a questão federal devolvida, passando a apreciar questões outras, inclusive, sem que tenham sido prequestionadas.<sup>416</sup>

---

<sup>416</sup> “É que por vezes o STJ não dá tanta importância a seu papel constitucional e tem se preocupado cada vez mais com a solução de questões e lides pontuais – ou mesmo casos concretos –, que dizem respeito exclusivamente aos interesses pessoais dos litigantes. O que se verifica amiúde é que, ante a verificação

A necessária fixação da tese jurídica a compor um precedente, como fora anotado, não prescinde a que o julgador esteja disposto e efetivamente enfrente os principais argumentos relacionados à questão de direito, aí incluídos aqueles trazidos pelas partes. Deve-se, portanto, abandonar a máxima de que “o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”.<sup>417</sup> Não nos parece exagero afirmar que quão mais rica for a fundamentação da decisão, mas paradigmática esta será, valendo a regra na razão inversa, uma vez que quanto mais restrita a fundamentação da decisão, mais casuísta esta se mostrará.

Contudo, deve-se reconhecer que o eventual precedente que seja veiculado a partir do julgamento de recurso especial não ostenta em nosso ordenamento forte força vinculante, haja vista que as decisões anteriores, nem mesmo em sede de processamento dos recursos repetitivos, têm o condão de impor um agir celibatário a ele vinculado (ao menos em tese).

Mas, de outra sorte, deve-se reconhecer também que o ordenamento jurídico avançou neste aspecto a ponto de não mais se mostrar adequado declinar ao precedente jurisprudencial dos nossos Tribunais de Sobreposição força meramente persuasória, como se simples argumento de autoridade se tratasse.

Vimos que em sede processual civil as hipóteses de sentença liminar de mérito (art. 285-A do CPC), de vedação à remessa necessária (art. 475, § 3.º, do CPC),

---

de uma possível injustiça praticada, procura-se resolvê-la imediatamente, tal como age e atua um Tribunal de 2.º grau de jurisdição. Com isso, vê-se no cotidiano o julgamento de casos concretos, restando muitas vezes relegada a segundo plano a busca pela incolumidade do direito objetivo e, pela via inversa, sendo ascendida à primeira importância o propósito da justiça das decisões, ao preço de se deixar de fixar a correta interpretação da norma infraconstitucional a ser seguida nos casos futuros. O que se pode extrair dessa circunstância, de substituição do paradigma da incolumidade do direito pelo da justiça da decisão – ainda que não conscientemente – é que o STJ acaba por não valorizar sua função constitucional. Mostra-se um contrassenso que, na realidade que experimentamos de valoração da jurisprudência como precedente, se permita que o STJ desça a *status* inferior àquele que lhe foi conferido pela Constituição Federal, a ponto de assumir papel de mais uma instância ordinária (3.ª instância?).” Cf. JORGE, Flávio Cheim; SANTANA, Felipe Teles. *Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública*. RePro n.º 213. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 358.

<sup>417</sup> EDcl no AgRg no REsp 1300129/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012.

de impedimento a recurso (art. 518, § 1.º, do CPC), de decisão monocrática que nega seguimento ou dá provimento a recurso (art. 557 do CPC) e de decisão em sede de processamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) – numa perspectiva vertical –, bem como a hipótese de decisão monocrática do relator ao analisar o agravo em sede de recursos excepcionais (art. 544, § 4.º, inc. II, do CPC) – numa perspectiva horizontal –, outorgaram “vinculação [de força] média”<sup>418</sup> ao precedente, uma vez que se autoriza, com espeque em sua *ratio decidendi*, a atribuição de consequências particulares ao procedimento que, em geral, será abreviado.

Acreditamos, então, que ao tomar posse dessa razão, entenderemos melhor o descortinar de uma nova realidade processual que se anuncia, a exigir dos órgãos investidos de jurisdição um compromisso ainda maior com o que se decide, seja para se fixar a tese jurídica, seja para seguir ou rechaçar tese anteriormente fixada, vislumbrando-se no exercício da jurisdição alto grau de responsabilidade para com os demais órgãos judiciários (certeza), para com o jurisdicionado (previsibilidade) e, também, para com a organização estatal dependente da uniformidade de entendimento e aplicação do Direito (isonomia).

---

<sup>418</sup> Cf. TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andar que o santo é de barro”)*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144-147.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Recurso especial: questão de ordem pública, prequestionamento*. RePro n.º 132, p. 273, Fev. 2006.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. RePro n.º 96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro*. RePro 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ALVIM, José Manuel de Arruda. *O recurso especial na Constituição Federal de 1998 e suas origens*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Art. 285-A do CPC (julgamento imediato, antecipado e maduro da lide): evolução do sistema desde o código de processo civil de 1939 até 2007*. RePro. vol. 160. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 2000.

AURELLI, Arlete Inês. *Argüição de matéria de ordem pública em recurso especial: desnecessidade de prequestionamento*. RePro n.º 89. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 266, Jan. 1998.

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Consultado em: 12/12/2012.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Consultado em: 26/10/2012.

BEÇAK, Rubens. *O tribunal constitucional e sua intervenção no processo político*. In: XVII Anais Congresso Nacional do CONPEDI em Salvador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (1909)*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Vol. II. In: *Opere giuridiche (VII)*. Nápoles: 1976.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. RePro. vol. 854, p. 52 ss. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro de 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: 2011.

\_\_\_\_\_. *Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



CARNEIRO, Tânia Aoki. *Recurso especial, efeito translativo, matéria de ordem pública*. RePro n.º 143, p. 205, Jan. 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936.

CAVALCANTI, Mantovanni Colares. *Recurso especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *A lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário*. RePro n.º 163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://umet.ed.ec/blogs/blog-derecho/wp-content/uploads/2012/02/neoconstitucionalismo3.pdf>. Consultado em: 11/12/2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *Breves notas sobre o art. 285-A do CPC*. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. (Coords.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Vol. 2. São Paulo: Método, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DE SOUZA, Roberto Carvalho. *Recurso especial*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1997.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Nota aos enunciados 292 e 528 da súmula da jurisprudência dominante do STF: a profundidade do efeito devolutivo dos recursos extraordinários*. RePro n.º 157, p. 303, Mar. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

FINE, Toni M. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano*. Revista dos Tribunais, Vol. 782. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FLEURY, José Theophilo. *Recurso especial e extraordinário*. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. RePro. vol. 141, novembro de 2006.

JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apontamento sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores: Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: 2011.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JORGE, Flávio Cheim; SANTANA, Felipe Teles. *Uma análise crítica sobre o recurso especial e o conhecimento de matérias de ordem pública*. RePro n.º 213. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reflexiones críticas sobre la viabilidad del “constitucionalismo del futuro” em Brasil*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42. n. 116 (p. 97-115). Medellín: 2012.

LODI, Luís Fernando Balieiro. *Dos embargos declaratórios prequestionadores*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUIZ PINTO, Nelson. *Recurso para o STJ: teoria geral e admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *O papel decisivo dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista dos Tribunais, Vol. 918. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento*. RePro n.º 151, p. 335. Set. 2007.

MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VIII (arts. 539-565). São Paulo: Forense, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 30. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NETTO, Nelson Rodrigues. *Análise crítica do julgamento por atacado no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos repetitivos)*. RePro n.º 163. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Fernando Crespo Queiroz. *A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro*. RePro n.º 161. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *Recurso especial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recuso especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Celso de Tarso. “Common law” e “case law”. In: Revista dos Tribunais, Vol. 638. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2012.

POZZOLLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Disponível em:

<http://bib.cerrantesvirtual.com/servlet/sirveobras/23582844322570740087891/cuadern o21/volII/DOXA21vol.II.25.pdf> Consultado em: 11/12/2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Fernando Anselmo. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Universidad Autonoma de Madrid. Disponível em: [www.uam.es/otros/afdam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://www.uam.es/otros/afdam/pdf/5/6900111(201-228).pdf) Consultado em: 15/12/2012.

SANTANA, Felipe Teles. *O duplo grau de jurisdição como diretriz de política judiciária e o direito processual civil brasileiro*. In: Anais XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

\_\_\_\_\_. *Análise crítica à verificação do cabimento do recurso especial com fundamento na alínea 'a', inc. III, do art. 105 da constituição federal: o juízo de admissibilidade a serviço da prestação jurisdicional sem dilações indevidas*. In: Recursos e a duração razoável do processo. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 3, 24ª ed. SÃO PAULO: Saraiva, 2010.

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

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf](http://www.danielsarmento.com.br/WP-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf) Consultado em: 11/12/2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recurso intempestivo por prematuridade?* In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenadores: Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenadores Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARUFFO, Michele. *Icebergs de common law e civil law? macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verdade*. In: *Temas atuais de direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo*. Organizadores: Francisco Vieira Lima Neto, Gilberto Fachetti Silvestre, Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Precedente e giurisprudenza*. In: *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf> Consultado em: 10/01/2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro n.º 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.