

EFETIVIDADE DO SISTEMA RECURSAL*

José Rubens HERNANDEZ

Luiz CIETTO

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS

José Eduardo Suppioni de AGUIRRE

João Batista LOPES

1. DETERMINAÇÃO DO TEMA E JUSTIFICATIVA

Sem embargo das recentes reformas processuais, o sistema recursal brasileiro carece de profundas alterações para se harmonizar com as tendências atuais do processo civil, notadamente a efetividade e a desburocratização.

Impõe-se maior reflexão sobre o elenco de recursos constante do art. 496 do C.P.C e a atual sistemática adotada para alguns meios impugnativos como o agravo de instrumento e o recurso especial.

A pesquisa pretende demonstrar que, apesar das recentes reformas processuais, o sistema recursal carece de correções e ajustes para se alcançar a efetividade do processo e atender aos anseios de justiça da sociedade.

2. DIVISÃO DO TRABALHO

A pesquisa contará com a participação de alunos, observada a seguinte divisão de tarefas:

- JOSÉ RUBENS HERNANDEZ – O novo regime do agravo de instrumento.
- LUIZ CIETTO – Necessidade de alteração da regra do art. 520 do C.P.C.
- ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS – Reflexões sobre a súmula vinculante.
- JOSÉ EDUARDO SUPPIONI AGUIRRE – Nova sistemática para os recursos especial e extraordinário.

3. METODOLOGIA

O método adotado é predominantemente o dedutivo (investigação doutrinária), comple-

^(*) Relatório final de projeto de pesquisa coordenado pelo Professor João Batista Lopes e com a participação de alunos do Programa de Pós Graduação stricto sensu em Direito da PUC-Campinas

mentado com análise dos resultados dos debates realizados no curso de mestrado e as propostas nele apresentadas.

Também merecerão atenção as sugestões apresentadas por magistrados, promotores de justiça e advogados militantes sobre as recentes reformas do C.P.C

1. CONCEITO DE SISTEMA E DE EFETIVIDADE

João Batista Lopes

O termo **sistema** tem sido frequentemente utilizado em trabalhos jurídicos com o sentido de conjunto de normas e princípios que regem as relações intersubjetivas em determinado tempo e lugar.

O conceito de sistema é, porém, mais complexo e sua perfeita compreensão é indispensável para o desenvolvimento de qualquer pesquisa no campo do Direito.

Os especialistas entendem por sistema “um conjunto de objetos com as relações entre os objetos e os atributos”.¹

Os principais atributos do **sistema** são a globalidade, a não-somatividade, a interação e a retroalimentação (*feedback*).

Por globalidade quer-se indicar que os elementos do sistema não podem ser analisados isoladamente, mas sim como um todo orgânico, um conjunto harmônico e homogêneo.

Não-somatividade significa que os elementos não são simplesmente agrupados ou reunidos, mas sim coordenados com critério científico para se alcançar o fim colimado.

Interação pode ser conceituada como traça de mensagens ou de influências entre os vários elementos do sistema.

Por último, a retroalimentação (*feedback*) traduz a idéia de uma cadeia circular em que se passa do elemento *a* para o *b*, deste para o *c*, *d*, *e*, *f* e, em seguida, se retorna ao elemento *a*, que recebe influência dos demais elementos do círculo.

Do exposto pode-se concluir que **sistema** não é propriamente o conjunto de elementos, mas o esquema lógico ou mental que estabelece as relações entre esses elementos e seus atributos.

No campo jurídico, sistema não é o conjunto de normas, nem de fatos, nem de valores, mas, na concepção dinâmica da teoria tridimensional (REALE) a interação que se estabelece entre esses elementos.

Assim, a norma incide sobre o fato e este influencia a aplicação da norma; a norma é interpretada segundo pauta de valores e, portanto, não só o fato como os valores interferem na aplicação daquela.

Por exemplo, durante muito tempo, a jurisprudência resistiu à admissibilidade das uniões fora do casamento, mas sobre pressão dos fatos e com novos valores os tribunais acabaram por admitir consequências jurídicas dessa realidade fática.

Tão patente se revelou essa tendência que a Constituição de 88 consagrou a união estável entre homem e mulher, possibilitando sua conversão em casamento.

No campo processual também se evidencia a importância do sistema e dos microsistemas.

⁽¹⁾ Assim, HALL, H.F. e FAGEN, R.E., citados por WATZLAWICK, Paul *et alii*, in *Pragmática da comunicação humana*, 11ª ed., São Paulo: Ed. Cultrix, pág. 109.

Ao lado do sistema do C.P.C. encontramos microssistemas no CDC, no ECA, na Lei de Locações e etc. com regras especiais para atenderem à especificidade das matérias reguladas.

No próprio C.P.C. é possível detectar microssistemas como o que resulta da combinação das regras sobre tutela antecipada, tutela específica e execução para entrega de coisa.

A existência desse microssistema, proclamada pela doutrina, veio a ser reconhecida pelo legislador, na recente reforma processual.

Com efeito, a Lei 10.444/2002 alterou a redação do art. 273, § 3º e acrescentou o art. 461-A ao C.P.C., nestes termos:

Art. 273. *O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*

.....
§ 3º *A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).*

Art. 461-A. *Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Artigo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)*

Não menos fácil é fixar o conceito de *efetividade do processo*.

Confundida, frequentemente, com celeridade do processo, a efetividade está

intimamente relacionada com a idéia de tutela jurisdicional plena e qualificada. Conquanto considerada um dos aspectos da efetividade, a celeridade com ela não se identifica, porque, muitas vezes, a solução da lide requer tempo razoável para a apuração dos fatos como ocorre, por exemplo, nos processos em que haja necessidade de prova pericial. Nesses casos, o julgamento rápido não será antecipado, mas precipitado. Do mesmo modo, a eliminação da via recursal, ainda que possa ostentar agilização do processo, poderá comprometer a efetividade, na medida em que impedirá a correção de erros e injustiças do juízo monocrático.

À míngua de uma definição precisa de efetividade, será adotado um conceito que bem se ajusta às modernas tendências da doutrina processual civil: processo efetivo é o que respeita as garantias constitucionais de acesso à Justiça e garante proteção aos direitos subjetivos segundo os valores consagrados na ordem jurídica.

Ressalta claro do conceito adotado que a efetividade está intimamente vinculada à tutela jurisdicional, conceito diverso de prestação jurisdicional. Tutela jurisdicional significa proteção a direitos, enquanto prestação jurisdicional traduz idéia de serviço público prestado pelos órgãos da jurisdição. Assim, o conceito de tutela jurisdicional não está relacionado com o volume de decisões ou sentenças, mas com a qualidade delas.

A tutela jurisdicional tem caráter bilateral, porquanto se refere assim ao autor como ao réu: pedido julgado improcedente indica prestação de tutela jurisdicional favorável ao réu.

Importa esclarecer que o conceito moderno de jurisdição deve ser formulado a partir dos escopos do instituto, segundo a conhecida

fórmula de CANDIDO DINAMARCO (pacificação com justiça, certeza, segurança, efeito pedagógico etc.).

Estabelecidas tais premissas, já é possível entrever-se que o sistema recursal vigente não se mostra adequado a atender às necessidades dos jurisdicionados e às exigências da comunidade jurídica.

É notório que a morosidade processual tem como uma das principais causas o excessivo número de recursos e o formalismo que impera em seu processamento.

Entretanto, não se pode sustentar singelamente a abolição dos meios impugnativos admitidos pelo sistema.

Com efeito, para logo deve ser afastada qualquer proposta de eliminação dos recursos extraordinário e especial, que têm *status* constitucional.

Por igual, não se cogita da extinção da apelação, considerada o “recurso por excelência” por BARBOSA MOREIRA.

No que respeita ao agravo, sua eliminação pura e simples traria de volta o uso indiscriminado do mandado de segurança anômalo, caracterizando verdadeiro retrocesso.

Também não se cogita, à evidência, de excluir o recurso de embargos de declaração e os embargos de divergência.

Restariam, então, os embargos infringentes e o reexame necessário, cuja supressão total não seria suficiente para resolver os problemas mais sérios do sistema recursal.

Presentes tais considerações, a equipe de pesquisa optou por analisar alguns pontos de estrangulamento do sistema e propor alterações menos radicais aconselhadas pela vivência forense e pelos debates acadêmicos.

É o que será feito a seguir.

2. ALTERAÇÃO DO REGIME DO AGRAVO

José Rubens Hernandez

2.1. Introdução

A recorribilidade das decisões interlocutórias constitui problema complexo que vem desafiando a argúcia e o tirocínio dos processualistas e dos operadores do Direito em geral. De um lado, há que considerar a necessidade de permitir ao vencido pleitear a revisão da decisão que lhe causa lesividade e, muitas vezes, dano irreparável ou de difícil reparação.

De outro lado, a recorribilidade em separado (com a formação do instrumento) contribui para burocratizar o procedimento e complicar a solução das causas.

Diante disso, a recente reforma processual (na primeira e na segunda fases) preocupou-se em manter a recorribilidade das interlocutórias, mas procurou dar-lhe disciplina mais racional e dinâmica, ainda que sujeita a reparos como a diante se exporá.

Na primeira fase da reforma, procurou-se eliminar o procedimento do agravo em primeiro grau, que tantos problemas acarretara, estabelecendo-se que o recurso deveria ser interposto diretamente no tribunal e nele distribuído incontinenti. Dispôs-se, também, que o relator poderia conferir efeito suspensivo ao recurso.

O novo regime representou avanço em relação à anterior disciplina, mas implicou aumento descontrolado do número de agravos. Com isso, as apelações viram-se prejudicadas,

formando-se extensas filas na distribuição com evidente prejuízo para a celeridade processual.

Diante disso, sobreveio a segunda fase da reforma em que se modificou o artigo 527 cuja redação passou a ser a seguinte:

Art. 527. *Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:*

I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;

II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial;

VI- ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.

Como se vê, procurou-se limitar o número de agravos de instrumento impondo-se, como requisito a urgência e o risco de dano irreparável. Além disso, consagrou-se posição da jurisprudência no sentido da possibilidade de o relator conferir o chamado efeito ativo, isto é, conceder a providência que fora indeferida no primeiro grau.

2.2. Espécies de agravo

Conforme nos explica Teresa Arruda Alvim Wambier, o agravo apresenta-se em dois regimes: o retido e o de instrumento.

Para ela, “Desde antes da alteração sofrida pelo art. 496, II do CPC, já (...) parecia conveniente falar-se de agravo em vez de agravo de instrumento, porque, a nosso ver, em verdade, o mais correto era denominar-se de agravo o recurso, e dizer-se que podia ter dois regimes: o ‘de instrumento’ e o ‘retido’.”²

A opção pelo regime era, de certa forma, cabível ao recorrente.

Nelson Nery Junior enfatizava isso, ao sustentar que “o regime do agravo fica na conveniência do agravante, como é curial, desde que subsista o interesse em recorrer, na obtenção dos resultados visados com o agravo, requisito necessário para que o conhecimento de todo e qualquer recurso, no momento em que o tribunal vá apreciar o retido, como preliminar de razões ou contra-razões de apelação.”³

⁽²⁾ O novo regime do agravo, 2ª edição, revista e atualizada. Editora RT: São Paulo, 1996, pág. 253.

⁽³⁾ *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: RT, 1996, pág. 276.

O interesse, então, determinaria o uso de um regime ou de outro.

Não obstante, existem exemplos previstos no CPC, que obviamente são taxativos, ora não admitindo o uso do agravo retido ora não permitindo o agravo de instrumento. Citamos, à guisa de exemplos: a) o não cabimento de agravo de instrumento em relação às questões decididas em audiência de instrução e julgamento ou posteriores à sentença (art. 523, § 4º, CPC); b) o cabimento exclusivamente de agravo de instrumento contra decisão que não recebe a apelação ou que a recebe em efeitos inadequados (art. 523, § 4º, parte final, CPC).

Também Teresa Arruda Alvim Wambier mostra que “a quase unanimidade dos autores, sustentava caber exclusivamente à parte a opção entre o agravo de instrumento e o agravo interposto sob o regime da retenção. Hoje, evidentemente, o texto da lei não mais permite que se sustente caber à parte optar pelo agravo retido ou pelo agravo que é interposto diretamente no tribunal”.⁴

2.3. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido

O que parece ter ocorrido com essa modificação provocada pela Lei nº 10.352, de 2001 foi exatamente limitar ainda mais essa opção do recorrente por um outro regime.

Mesmo o interesse que antes poderia justificar o comportamento da parte, no sentido de provocar a interposição de um agravo de instrumento para obter uma solução mais rápida, parece hoje não servir mais de fundamento exclusivo ou de justificativa para o uso desse recurso. O que a lei passou a prever, então, são

hipóteses – embora claras na lei – que nem sempre se apresentam de maneira evidente para quem busca impugnar uma decisão junto a um tribunal.

São duas as situações que o texto legal elencou, sem as quais o agravo de instrumento não será possível, a saber:

a) impugnação de decisões relacionadas às tutelas de urgência, como as liminares em cautelares, em mandados de segurança ou decisões que antecipam os efeitos da tutela final (art. 273, CPC);

b) impugnação de decisões que provocam danos graves e de difícil reparação.

Conforme veremos abaixo, o texto legal não é taxativo, pois encontramos hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sem a mínima possibilidade de utilização do agravo retido, em situações que não se referem às tutelas de urgência, nem dizem respeito a decisões que possam provocar danos graves e de difícil reparação.

Dessa forma, o legislador parece ter sido bastante inteligente ao prever que a verificação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento incumbe ao relator do recurso, o qual – em sede de cognição sumária – analisa se o caso determina ou não o seu processamento (podendo haver até o julgamento do próprio agravo, conforme hipótese constante do art. 557, § 1º-A, do CPC), ou então se ele pode aguardar a apreciação da apelação.

Obviamente que em caso de dúvida, o relator determinará o processamento do agravo de instrumento, dado que em sede de cognição sumária não tem ele uma visão aprofundada da situação posta no recurso.

⁽⁴⁾ *O novo regime do agravo*, 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: RT, 1996. Pág. 255.

Mas uma questão que surge diz respeito aos poderes que o relator agora possui para determinar essa conversão, ou seja, a discussão cinge-se em saber se se trata de mera faculdade atribuída a ele ou se a norma teria um efeito imperativo.

Importa ressaltar que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido não é mera faculdade do relator, mas um poder-dever.

Não há como sustentar que o relator tenha a faculdade de converter o agravo de instrumento em recurso retido, determinando a remessa dos autos à instância de origem, pois para ele não há discricionariedade. Tem, sim, o poder-dever de analisar os pressupostos do recurso, usado como meio de impugnação das chamadas tutelas de urgência ou contra decisão que possa acarretar danos graves e de difícil reparação. Vendo-os presentes, imprimirá o ritmo descrito na lei processual. Do contrário, efetuará a conversão, salvo se o caso for de indeferimento liminar. E na dúvida, já dissemos, uma vez que a cognição que efetua é sumária ou superficial, permitirá o processamento do agravo de instrumento tal como interposto.

Embora esse poder seja dado ao relator, pode-se cogitar que o órgão colegiado efetuará um controle. Realmente, o controle será exercido para analisar a conversão determinada pelo relator, confirmando-a ou não, mas não para determiná-la depois que o relator mandou processar o agravo.

Essa última objeção tem sua razão de ser num argumento de ordem prática e que interfere diretamente na eficiência dos serviços judiciários: se, num juízo de admissibilidade, o relator admite o agravo de instrumento, procedendo conforme estipula o art. 527 do CPC, pedindo dia para julgamento (art. 528), o colegiado depois não poderá mais converter o

recurso em agravo retido, dado que já terá se reunido para promover o próprio julgamento. Se determinar a conversão, haverá retrabalho, perda de tempo, enfim, ineficiência.

Noutras palavras, caminha-se em um sentindo ordenado pelo relator, qual seja, o do processamento e conhecimento de recurso, chegando-se próximo de uma decisão, para, depois, perdendo-se tempo com essa questão preambular, em vez de se resolver logo a pendência, o colegiado determina a conversão, voltando a discutir o tema quando da apreciação do agravo retido, como preliminar de uma apelação. Não vemos razão para agir assim, revelando esse comportamento um notório passo para a ineficiência do serviço judiciário.

Isso, entretanto, não impede o colegiado de resolver pelo não conhecimento do agravo, por descabimento de regime adotado, caso em que não terá mais como determinar sua conversão em retido.

Por certo que no início da vigência da Lei 10.352, de 2001 haverá uma cobrança, por assim dizer, de um comportamento “ativo” por parte dos relatores nos tribunais, os quais serão cobrados na medida em que os recursos sejam distribuídos. Também há o perigo – ante a sobrecarga de trabalho – de se determinar a conversão indiscriminada dos agravos de instrumento apresentados, abrangendo até os que não admitem essa hipótese.

Mas essa situação se mostrará passageira, findando quando a jurisprudência se firmar no sentido de que a conversão será inexoravelmente efetuada quando o caso não reclamar o uso do agravo de instrumento.

Como é possível a interposição de agravo contra a decisão do relator para o órgão colegiado competente – também chamado de agravo interno (ou agravinho) –, exercendo este último um

controle dos atos do relator, acabará surgindo um maciço de decisões indicando claramente a vocação do agravo de instrumento como um recurso tendente a atacar decisões proferidas em sede de tutelas de urgência, ou manejado para permitir o surgimento de danos graves e de difícil reparação.

De lege ferenda, essa situação poderia delinear uma mudança no texto do art. 542, § 3º do CPC, que afirma o cabimento de apelo extremo na modalidade retida, quando a interposição se der ante uma decisão interlocutória.

Sabe-se que há um certo temperamento na interpretação dessa regra que impõe a retenção dos recursos especial e extraordinário, pois não é possível ficar paralisada a entrega da tutela jurisdicional quando a mesma configurar-se como sendo de urgência. Aliás, privar a parte de recorrer ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal implica na verdade em limitar seu acesso ao próprio Poder Judiciário.

J. E. Carreira Alvim observa que no direito processual português há uma norma prevendo a subida dos recursos em situações excepcionais. Ele afirma: “O direito processual português previu uma solução mais simples para seus ‘agravos que só sobem a final’, dispondo que, mesmo estes, sobem imediatamente e em separado, desde que a sua retenção os tornem absolutamente inúteis (art. 757º, n. 2, alínea b); ao mesmo tempo, admite a reclamação ao presidente do tribunal que seria competente para conhecer do despacho que tenha retido o recurso (art. 688º, n. 1, parte final). Enquanto, no direito

português, o despacho deve declarar se o recurso sobe ou não imediatamente (art. 741º), no direito brasileiro, a retenção é *ex vi legis*, não dependendo de despacho (art. 542, § 3º).”⁵

A interpretação ora preconizada admite o agravo de instrumento como exceção e o retido como a regra geral, de sorte que a decisão que resolver o primeiro desafia a apresentação de recursos extraordinário ou especial que seriam processados normalmente, ao passo que o agravo retido deixaria para outra oportunidade a impugnação junto às instâncias extraordinárias.

Seria interessante também se a lei previsse que o colegiado – ao julgar o agravo de instrumento – fixasse se os recursos excepcionais subiriam ou não, sendo a negativa quando o relator admitisse o agravo de instrumento, mas depois se constatasse que a hipótese era de cabimento de agravo retido, embora no mesmo ato houvesse uma solução do recurso, sem que o colegiado ordenasse sua retenção.

2.4. Recursos cabíveis contra a decisão que ordena a conversão

A decisão do relator poderá ensejar a utilização de outros recursos, sendo essa uma das críticas à reforma promovida com a mencionada Lei nº 10.352, de 2001, que teria instituído um novo meio de impugnação no CPC, ou seja, o chamado “agravo interno” ou “agravinho”, criado para atacar a decisão do relator que converter o recurso em retido.

A previsão consta do texto do art. 527, inciso II, parte final do CPC (com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)⁶.

⁽⁵⁾ *Recursos, extraordinário e especial, na reforma processual. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos.* Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT 2000, página 281.

⁽⁶⁾ “... cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado.”

Não vemos fundamento, entretanto, a essa crítica pois, segundo a ótica que adotamos, a alteração legislativa veio para proporcionar uma aprimoração do sistema recursal, capaz de resolver alguns pontos de estrangulamento, tanto no que diz respeito à inutilidade de certos agravos de instrumento, que ficam ocupando o tempo dos órgãos julgadores de segundo grau, e, por outra via, resolver e avançar na aplicação das regras que tratam dos recursos extremos retidos.

Por isso, embora o CPC determine a retenção dos recursos extraordinário e especial, a parte interessada, em se tratando de questão que envolva tutela de urgência ou mesmo nos casos de dano grave e de difícil reparação, terá à sua disposição, enquanto não sobrevier nenhuma alteração legislativa, a medida cautelar para destravar a subida dos apelos extremos.

J.E. Carreira Alvim aduz que “Doravante, admitido, ou não, o recurso extraordinário ou especial, concedido ou denegado o provimento postulado, a única alternativa será a utilização da ação cautelar no tribunal superior, para se reverter a situação processual.”⁷⁷.

Entretanto, observa-se que a medida cautelar usada para permitir o processamento do recurso especial interposto contra decisão interlocutória perderá seu objeto quando sobrevier uma sentença de mérito.

Por exemplo, se a parte ingressa com uma ação requerendo a concessão da antecipação de tutela, não obtendo o provimento almejado, recorre assim, mediante agravo de instrumento ao tribunal competente, o acórdão que julgar este último (o agravo de instrumento) desafiará

recurso especial ou extraordinário, conforme viole algum dispositivo de lei federal ou da Magna Carta, ou encaixe-se em qualquer outra previsão estampada no art. 105, inciso III, alíneas “a”, “b” ou “c” e art. 103, inciso III, alíneas “a”, “b” ou “c”, respectivamente.

Entretanto, se no prazo de interposição do apelo extremo o processo já tiver sido sentenciado em primeiro grau, nessa hipótese a medida cautelar não terá mais efeito, pois o agravo de instrumento ainda não transitado em julgado ficará prejudicado pela decisão de mérito.

De lembrar que não é possível interpor recurso extraordinário e especial da decisão do relator que converter o agravo de instrumento em agravo retido, pois ambos exigem o esgotamento das vias ordinárias de impugnação, que só se exaure depois de manejado o agravo para órgão colegiado.

Também é de se perguntar qual o meio de impugnação cabível se o relator, num primeiro momento, negar seguimento ao agravo de instrumento com base no art. 557 do CPC (por falta de documentos indispensáveis à instrução do recurso, por exemplo), e, depois de interposto o agravo (art. 577, § 1º do CPC), ele vier a decidir não ser este também possível com base no mesmo dispositivo (por perda de prazo, por exemplo), ou seja, pronunciar-se isoladamente, dado que tem poderes para tanto.

A Lei de Ritos é omissiva a respeito, pois não ordena o processamento obrigatório do agravo regulado pelo art. 557, § 1º do CPC, embora a saída seja sempre ingressar com esse recurso. Persistindo o relator em não submeter o processo à mesa, será essa uma das raras

⁷⁷ *Recursos, extraordinário e especial, na reforma processual. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos.* Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT 2000, página 281.

hipóteses de cabimento de mandado de segurança.

Ainda pode acontecer de o relator determinar a conversão do agravo de instrumento em retido, interpondo a parte interessada o agravo de que trata o art. 527, inciso II, parte final do CPC, sendo que este último recurso pode receber o mesmo tratamento disciplinado no art. 557 do Código (a intempestividade do chamado *agravo interno* poderá resultar no indeferimento de plano da medida). A solução será a interposição do agravo disciplinado no art. 557, § 1º do CPC, podendo ocorrer a mesma situação desafiadora de mandado de segurança vislumbrada no parágrafo anterior.

2. 5. Uma crítica ao agravo interno

Embora o recurso de agravo, que é o cabível contra a decisão do relator que converter o agravo de instrumento em agravo retido, seja apreciado pelo órgão colegiado, turma ou câmara, não há revisor (art. 551, CPC).

Isso significa que o agravo é apresentado para julgamento ao órgão competente segundo a ótica do relator, que pode adotar um comportamento equivocado para a questão *sub judice*.

Além disso, a lei não deixou clara a obrigatoriedade de processamento do agravo, mesmo se incabível, de sorte que o relator – se constatar ser isso (por intempestivo ou por contrariar a jurisprudência predominante dos tribunais superiores, por exemplo) – irá indeferir-lhe liminarmente (art. 577 do CPC).

Pois bem: se o relator entender que a questão não se refere a uma tutela de urgência, quando a situação na realidade é, passando aos demais integrantes do órgão colegiado essa

impressão errônea, eles certamente não destoarão e o resultado do julgamento poderá representar uma solução equivocada e desastrosa.

Uma solução seria determinar que o julgamento fosse realizado após a revisão, sendo necessária modificação legislativa nesse sentido, mas isso só piorará a situação nos tribunais, sobrecarregando-se e acumulando-se os trabalhos.

Esse problema traz em seu bojo outro, que impede a parte de manejar um recurso especial, por exemplo, dado que a matéria de fato não pode ser objeto de discussão junto às instâncias extraordinárias.

2. 6. O Recurso Especial

Já afirmamos que caberia contra a decisão proferida pelo órgão colegiado, que mantém a decisão do relator, recurso especial, sendo que o mesmo teria como fundamento o art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal de 1988. Também será possível um apelo extremo por divergência de julgamentos entre tribunais distintos (art. 105, inciso III, alínea “c” da CF/88), mas neste trabalho não nos ocuparemos dessa hipótese.

A violação de lei ensejadora de recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional ocorreria no caso em relação ao artigo 527, inciso II do CPC, devendo ficar demonstrado que o provimento almejado com o agravo refere-se a uma tutela de urgência, ou a perigo de dano grave e de difícil reparação. Todavia, no segundo caso (a demonstração de dano) poderá encontrar os óbices decorrentes da Súmula 7 do C. Superior Tribunal de Justiça,

havendo o impedimento de se rever a matéria de fato nas instâncias extraordinárias⁸.

Em resumo, o apelo extremo encontra seu fundamento quando o recurso for utilizado por não ser compatível a conversão do agravo de instrumento em retido, o que ocorre nas chamadas tutelas de urgência.

2.7. Conclusão

Como já vimos, será possível pleitear a imediata subida do recurso especial, que não pode ficar retido nos autos. Em havendo retenção, o manejo da medida cautelar é o caminho adequado para destravá-lo.

A Lei nº10.352, de 2001 inaugura uma nova fase no regime de agravo de instrumento, que se torna um recurso admissível apenas quando for manejado objetivando uma tutela de urgência, ou para atacar decisão que exponha a parte a dano grave e de difícil reparação.

Fora essas hipóteses, ainda existem outras situações, que são bastante escassas, é verdade, que desafiam o uso exclusivo do agravo de instrumento, como no caso das decisões proferidas nas ações de execução, pois nesses processos não há sentença, nem apelação para se reiterar a apreciação do recurso como preliminar.

Assim, o agravo retido tornou-se a regra geral, ao passo que o de instrumento virou exceção, não tendo mais a parte a disponibilidade de um ou outro meio de impugnação das chamadas decisões interlocutórias.

A delimitação do uso do recurso por um regime ou outro fica restringida pelo interesse

do recorrente, ao lado de outros requisitos agora exigidos pela Lei de Ritos.

Regra geral, o agravo retido aparece como meio de impugnação voltado para impedir a preclusão (mesmo as hipóteses contempladas taxativamente pelo legislador têm essa finalidade – art. 280, inciso III; art. 523, § 4º, CPC), ao passo que o agravo de instrumento busca atacar os provimentos relacionados às tutelas de urgência e também serve para evitar ou suprimir perigo de dano grave e de difícil ou incerta reparação.

3. REVISITAÇÃO DO SISTEMA RECURSAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 520 DO C.P.C.

Luiz Cietto

3.1. Duplo grau de jurisdição e efeitos dos recursos

A apelação é o mais abrangente de todos os recursos, propiciando aos órgãos judiciários de segundo grau o pleno exercício de suas funções judicantes revisoras das sentenças de primeiro grau.

Como ensina Frederico Marques, cabe apelação contra todas as sentenças de primeira instância. É o que dispõe o artigo 513 do Código de Processo Civil. O recurso é admissível quando prolatada a sentença, com ou sem apreciação do mérito da causa. Quer se trate de processo de conhecimento, processo de execução ou cautelar, bem como nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa ou voluntária, sempre é cabível a apelação. Por isto Seabra Fagundes,

⁸ "Pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

citado por Frederico Marques, considerou-a o recurso por excelência, aduzindo que nenhum outro a supera, quer em frequência, quer em amplitude. É o recurso específico contra as sentenças definitivas de primeiro grau.⁹

3.2. Efeitos dos recursos

Da interposição de recurso decorrem vários efeitos jurídicos. Ou seja, do recurso decorre o fenômeno de uma *pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual*. Em cristalina exposição pontifica Barbosa Moreira: “Todos os recursos admissíveis produzem um efeito constante e comum, que é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada (cf. o art. 467). Ao lado desse, que ocorre sempre, dois são os efeitos em geral mencionados como produzíveis pela interposição de recurso: o *suspensivo* e o *devolutivo*”.

E prossegue explicando: “o recurso tem **efeito suspensivo** quando a sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Entretanto, para este insigne processualista, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso passem a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se até esse momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade,

acrescenta Barbosa Moreira, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga semelhante ineficácia, que cessaria, se não se interpusesse o recurso.¹⁰ E, segundo afirma Dinamarco, Liebman assume a mesma posição sobre esse assunto, quando assevera: “a eficácia executiva da sentença de primeira instância permanece suspensa se vier a ser interposta apelação e mesmo, antes, enquanto pende o prazo para esta”.¹¹

Ainda segundo a conceitua Barbosa Moreira, diz-se que o recurso tem **efeito devolutivo** quando a sua interposição transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria apreciada no grau inferior de jurisdição.¹²

Ovídio Baptista acrescenta o **efeito de retratação**, presente “quando o recurso é interposto a fim de que o próprio juiz prolator da decisão recorrida reexamine o que fora por ele próprio decidido. O recurso provoca um *juízo de retratação*”.¹³

3. 3. Efeitos da apelação

Embora o juiz deva declarar em que efeitos recebe o recurso interposto, no que tange à apelação dispõe o artigo 520 do CPC que esta deverá ser recebida no duplo efeito: devolutivo e suspensivo. Salvo, é claro, as próprias exceções legais.

⁽⁹⁾ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas : Millennium, 1999. p. 125-127.

⁽¹⁰⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1974. v.5. p. 205-207.

⁽¹¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 55.

⁽¹²⁾ MOREIRA, José Carlos, op. e loc. cit.

⁽¹³⁾ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 415-416.

Frederico Marques informa que, no Direito romano, toda apelação tinha efeito suspensivo: “*nihil inovari appellatione interposita*”. E esclarece: “a distinção entre efeito suspensivo e devolutivo provém do Direito canônico. A partir daí, a apelação tem sido considerada devolutiva por essência e suspensiva por natureza”. Por esta razão este recurso só deixa de ter duplo efeito nos casos especiais, legalmente previstos. É o caso do artigo 520 e seus incisos, do CPC.¹⁴

3.4. Análise Crítica Do Efeito Suspensivo E Execução Provisória

Para Dinamarco,¹⁵ a existência do efeito suspensivo na apelação é apenas uma questão de imposição legal (art. 520 do CPC). Mas, pelo mesmo motivo, o efeito suspensivo também não existe, por expressa disposição dos incisos I a VII do mesmo artigo. E afirma enfaticamente: “Não fora o art. 520 do Código de Processo Civil, a apelação não teria esse efeito em caso algum”. Registra a inexistência do referido efeito no direito italiano vigente, onde a sentença tem imediata exeqüibilidade e a apelação só obsta à eficácia da sentença quando assim determinar o órgão destinatário (CPC italiano, arts. 282 e 283). Idêntica sistemática vige no ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao processo civil da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor (respectivamente arts. 14 e 90).

As regras de suspensividade e não-suspensividade destinam-se especialmente às sentenças condenatórias, e visam a admissibilidade da execução provisória. Essa tendência é mais perceptível no direito italiano, como se depreende das disposições do seu art. 282 do Código de Processo Civil: “a sentença de primeiro grau é provisoriamente executiva entre as partes”.

Como bem adverte Dinamarco, “a complexidade dos efeitos dos recursos não se resumem ao binômio devolução-suspensão, nem se exaurem no momento em que o recurso é interposto”. Por esta razão, e dadas as naturais limitações de tempo e espaço da presente comunicação, deixaremos de abordar outros aspectos do tema, recomendando seu estudo em outra oportunidade.

3.5. Alguns aspectos polêmicos.

Embora alguns estudiosos entendam significativa a introdução do inciso VII do art. 520 do CPC, outros consideram muito tímida a alteração, reivindicando maior profundidade na reforma.

Wambier e Wambier,¹⁶ por exemplo, reportam-se à questão da dúvida possibilitada pela Reforma do CPC, quanto ao tipo de recurso cabível e em que efeito deveria ser recebido, quando a tutela antecipatória fosse concedida na sentença. Na hipótese aventada, caberia o efeito suspensivo na apelação? E quanto ao cabimento do agravo?

⁽¹⁴⁾ Ibid p. 154-155.

⁽¹⁵⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr. Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 52-54.

⁽¹⁶⁾ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. Lei 10.352, de 26-12-2001 e Lei 10.358, de 27-12-2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 99-106.

Pondo fim às discussões, a lei optou por retirar o efeito suspensivo da apelação, quando o juiz conceder os efeitos da tutela antecipadamente na sentença ou confirmar os já concedidos, *limitando-se a ausência de efeito suspensivo à parte da sentença em que os efeitos da tutela foram antecipados*, esclarecem estes autores. E finalizam com a seguinte observação: “O que nos parece é que o alcance da norma do art. 520, VII, é, em verdade, muito maior do que aquele que se poderia supor”.

Já Cruz e Tucci,¹⁷ coerente com seu estilo característico, tece contundentes críticas à timidez das reformas encetadas e às incoerências delas resultantes. Senão vejamos.

Primeiramente, fala da evolução científica e tecnológica do processo civil e de seus reflexos modificativos no modelo de procedimento ordinário, considerado inadequado para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a todos os direitos, que reclamam tutela de urgência. Cita os estudos de Donaldo Armelin, em busca da adequação do instrumento ao seu escopo, e analisando a questão da tutela jurisdicional diferenciada. Discorre sobre as disposições atuais dos arts. 273 e 461 do CPC, introduzidas pela Lei 8.952/94, e que propiciam, no plano teórico, o acesso a uma justiça tempestiva e efetiva a todos os jurisdicionados. Para este processualista, tais instrumentos, possibilitando a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, são exemplos expressivos do desejo de superar as agruras do procedimento ordinário, embora ainda sejam tais mudanças objeto de controvérsias.

A seguir, discute incoerências do nosso sistema processual e invoca, a propósito, o

respeitável testemunho do jurista Athos Gusmão Carneiro, que registra o estranho fato de um provimento liminar, baseado em mero juízo de verossimilhança, poder ser executado, enquanto a sentença, respaldada em juízo de certeza, ter sua eficácia contida por força da interposição da apelação, com efeito suspensivo.

Finalmente Cruz e Tucci transcreve as candentes palavras do jurista italiano Edoardo Ricci:

“A minha primeira impressão é que por motivos de coerência interna do sistema, a tutela antecipatória deixa entrever como inevitável consequência a abolição do efeito suspensivo quanto à executividade da sentença de primeiro grau. Creio, pois, serem instáveis os sistemas que, de um lado, permitem que a tutela antecipatória provoque a satisfação dos direitos, mas, de outro, outorgam à apelação um efeito suspensivo da exequibilidade da sentença de primeiro grau”.

Nesse sentido, e buscando a correção da falha apontada, significativa parte da doutrina defendia a exclusão do efeito suspensivo no recurso de apelação, em busca de maior efetividade da sentença, e conferindo maior prestígio ao juiz de primeiro grau..

Agora, estabelecendo um meio-termo, o legislador procura corrigir a referida incoerência, acrescentando o inciso VII ao artigo 520, determinando seja a apelação recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. Logo, os efeitos da tutela antecipada continuarão ou passarão a ter eficácia, apesar da interposição do recurso de apelação.

⁽¹⁷⁾ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Lineamentos da nova reforma do CPC : Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 61-64.

Dinamarco, discorrendo sobre este tema, levanta a seguinte hipótese ilustrativa. Suponha-se que o autor, no curso do processo de ação reivindicatória, tenha obtido a posse de um imóvel, através a antecipação da tutela. Proferida a sentença de mérito favorável, após exauriente instrução da causa, ele perderia o direito de desfrutar daquilo de que já vinha fruindo, em razão do efeito suspensivo da apelação interposta. Logo, conclui o eminente processualista, teria mais eficácia uma decisão tomada sumariamente, e que é provisória por definição, do que a sentença calcada em ampla instrução. Isto seria um absurdo!¹⁸

3.6. Tendências Legislativas e Doutrinárias Sobre a Execução Provisória

Em nossos dias, face à constante busca do efetivo acesso à Justiça, **há uma grande tendência em prestigiar a aplicação da execução provisória**, com a conseqüente **redução da incidência do efeito suspensivo**, máxime em relação ao recurso de apelação.

No Brasil, integrando esta corrente encontramos o eminente processualista Ovídio Baptista da Silva, em companhia de Alcides de Mendonça Lima, que assevera:

*a tendência das modernas legislações de processo civil é ampliar o campo de permissão da execução provisória das sentenças de primeiro grau, reduzindo-se, portanto, as hipóteses em que se dê efeito suspensivo aos recursos.*¹⁹

Marinoni, analisando o alcance do art. 520 do CPC, também se posiciona firmemente em favor da aprovação de norma que transforme a “execução imediata” da sentença em regra. Defende o fortalecimento do juízo de primeiro grau, prega alteração imediata do dispositivo processual acima mencionado, com exclusão do efeito suspensivo, sempre buscando a efetividade do processo e o verdadeiro acesso à Justiça.

Também é conhecida a firme posição contrária ao duplo grau de jurisdição deste destacado jurista, que vem profligando este instituto. Insurgindo-se contra o “dogma do duplo grau de jurisdição”, Marinoni preceitua: “o duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contato com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça”. E completa: “Se o direito brasileiro não cultuasse, de forma exagerada e indevida, o duplo grau de jurisdição, a necessidade de tutela antecipatória certamente não seria tão sentida”. E defende a necessidade da mitigação do duplo grau de jurisdição para uma maior efetividade da tutela dos direitos.²⁰

3.7. Apelação em embargos à execução: apenas efeito devolutivo

Por disposição da Lei 8.950, de 1994, foi modificado o inciso V, do art. 520 do CPC,

⁽¹⁸⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 7.5.2002, Lei 9.800, de 26.5.1999 (Lei do “Faz”), e Lei 10.173, de 9.1.2001 (Lei dos Idosos). 3. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 145.

⁽¹⁹⁾ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 415.

⁽²⁰⁾ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória : julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 201-202 e 208-222.

eliminando o efeito suspensivo da apelação interposta contra o indeferimento liminar dos embargos opostos à execução. Anteriormente, este inciso só cuidava expressamente da sentença que os julgava improcedentes. Somente terá efeito suspensivo o recurso de apelação contra sentença que acolhe os embargos, julgando-os procedentes. Comentando esta alteração do mencionado dispositivo processual, Dinamarco esclarece:

De modo indireto a nova lei eliminou outra dúvida que apesar dos progressos da ciência processual ainda surgia às vezes: subsistiam vozes a sustentar que o recurso contra a rejeição liminar dos embargos seria o agravo e não a apelação, no esquecimento de que esse ato judicial é autêntica sentença e, como tal, sujeita-se ao recurso de apelação (v. art. 267, inc. I; art. 739). Ao estabelecer que essa sentença se sujeita a apelação sem efeito suspensivo, o novo inciso V do art. 520 está a excluir a admissibilidade do agravo.²¹

3.8. Propostas De Reforma

Enquanto para alguns houve significativo avanço na reforma quanto ao duplo grau de jurisdição e efeito suspensivo, para outros ocorreu “o maior retrocesso da segunda fase da reforma”. E este último ponto de vista revela uma grande frustração dos que aguardavam, com inabalável esperança, a exclusão do efeito suspensivo no recurso de apelação, em consonância com a clara tendência mundial, comprovada pela ocorrência de ponderáveis alterações de ordenamentos jurídicos em âmbito mundial. Estavam certos de que havia chegado o

momento da materialização de maiores conquistas rumo à efetividade do processo, prestigiando-se a execução provisória, em seqüência às conquistas da tutela antecipatória.

3.9.

Marinoni, por exemplo, propõe alterações do art. 520 do CPC, para dispor que excetuadas as causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas, a apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Ressalva ao vencido em primeiro grau a faculdade de pedir que o recurso seja recebido no efeito suspensivo, com fundamento em relevantes motivos e admitida, em face de razões da mesma natureza, a suspensão, total ou parcial, da eficácia da sentença ou da execução já iniciada. Com estas alterações a sentença passa a produzir efeitos a partir do momento em que o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo. A exceção referente às causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas se justifica, pois nesta hipótese a sentença só produz efeitos após o trânsito em julgado. Com vistas a maior eficácia da execução e celeridade processual, propõe, ainda, alterações nos artigos 273, 588 e 330, reafirmando propostas de alterações relativas ao duplo grau de jurisdição e ainda a eliminação dos embargos infringentes.²²

3.10. Proposta de alteração do CPC: tutela antecipada e execução provisória

Em seu estudo referente a alterações do Código de Processo Civil, **Ada Pellegrini**

⁽²¹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 4. ed. 2ª tir., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998. p.178.

⁽²²⁾ MARINONI, op. cit. p. 225-229.

Grinover esclarece que “o novo tratamento da execução provisória (com a mais clara limitação da atuação do provimento antecipatório a seus contornos) vem explicitados nas propostas atinentes aos arts. 520 e 588, CPC, combinadas com a relativa ao parágrafo 3º, do art. 273, em sua nova redação”.²³

Dê-se ao art. 520 a seguinte redação, suprimindo-se seus incisos:

“Art. 520 – Ressalvadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475), a apelação terá somente efeito devolutivo, observado o disposto no parágrafo único do art. 558.”

“Parágrafo único – Sendo relevante a fundamentação e podendo resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, poderá o juiz, em decisão irreversível, atribuir à apelação efeito suspensivo.”

A presente proposta de alteração do CPC inclui modificações dos arts. 273 e 588, dadas as suas inter-relações, mas aqui não incluídas nem comentadas, dadas as limitações da nossa parte neste trabalho de grupo sobre sistema recursal.

As críticas às propostas de manutenção apenas do efeito devolutivo na apelação baseavam-se no argumento de que haveria uma avalanche de recursos nos tribunais, requerendo o efeito suspensivo. É verdade que esta premissa

não encontra respaldo em experiências anteriores, como no caso da alteração processual das ações locatícias, quando a introdução da execução provisória, com a eliminação do efeito suspensivo, não causou a prevista plethora de recursos. Ao contrário, o volume de recursos diminuiu significativamente. Isto levou a se concluir que os recursos anteriormente propostos eram, em sua maioria, apenas protelatórios. Aliás, é o que nos relata Gomes Junior, que também considera tímida a reforma do art. 520, e afirma: “quando as apelações apresentadas contra as sentenças proferidas em demandas de natureza locatícia eram recebidas em ambos os efeitos, o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo estava abarrotado de feitos para julgamento. Com a alteração da Lei de Locações (parágrafo 4º do artigo 63 da Lei 8.245/91), permitindo a execução provisória, o número de recursos restou reduzido drasticamente, o que permite afirmar que eram os mesmos utilizados apenas como manobra protelatória, ou pelo menos em sua maioria”.²⁴

Igualmente merecem registro as observações deste autor, quando declara: “Adotou-se uma inversão de valores, ou seja, restou novamente privilegiado com o efeito suspensivo o derrotado – réu ou autor – que aparentemente não tem razão, tanto que sua postulação/objeção não foi acolhida, em detrimento daquele que se titulariza com a aparência de que tem razão”.²⁵ Restou consagrada a máxima: *o efeito suspensivo*

(23) GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000. p. 128-133.

(24) GOMES Junior, Luiz Manoel. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4). p. 659-663.

(25) GOMES Junior, op. e loc. cit.

é o maior inimigo do vencedor e o maior amigo do vencido.

Com a introdução do “Parágrafo único”, a proposta supra de Grinover procura antecipar-se à aventada avalanche de recursos aos tribunais, dispondo a respeito da possibilidade de o próprio juiz atribuir à apelação efeito suspensivo, em decisão irrecorrível, “sendo relevante a fundamentação e podendo resultar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Justificando a proposta de novo tratamento da execução provisória, Grinover fundamenta-se em estudos de direito comparado. Cita o direito belga, alemão, espanhol e outros. E destaca: “Mais ousada é a técnica italiana: a execução provisória atua *ope legis* (art. 282, CPC), podendo levar à expropriação, sem previsão de caução. Resta ao devedor requerer a suspensão da execução por “graves motivos” em sede de apelação ou, se assim não for, ser ressarcido dos prejuízos na hipótese de o credor não ter agido “com a prudência normal”, em caso de reforma da sentença (art. 96, *comma* 2º, CPC).²⁶

Prosseguindo sua justificativa, baseada no direito comparado, ainda aduz Grinover que, na América Latina, o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-américa contempla a regra da imediata executoriedade da sentença apelada, mediante caução, cabendo ao réu, se for o caso, indenização por perdas e danos. Aventa-se, também, a possibilidade de o recorrente obter suspensão dos efeitos da sentença, prestando garantia. Solução esta acolhida pelo Código Geral de Processo do Uruguai (arts. 260, 275 e 375).²⁷

Para esta autorizada jurista, isto é a demonstração explícita da total defasagem do sistema brasileiro de “execução provisória”, dotado de medidas desprovidas de eficácia prática. Assim, entende aconselhável que se escolha, entre as diversas técnicas do direito comparado, a opção mais prudente, que é a alienação mediante caução, respeitando-se, assim, a fidelidade à tradição brasileira, que já permite, com esta ressalva, o levantamento do depósito em dinheiro. Por outro lado, informa, pensou-se na possibilidade de o juiz dispensar a caução aos desprovidos de condições econômicas, a fim de viabilizar a execução provisória em tais hipóteses.

3.11. Considerações Finais e Conclusões

Isto posto, sem embargo de abalizadas opiniões em contrário e, tendo analisado diversas propostas, **acolhemos e nos associamos às propostas de alterações do art. 520 do CPC, acima expostas e encaminhadas por Grinover, adotando apenas o efeito devolutivo no recurso de apelação, na forma e com as ressalvas introduzidas.** Quer nos parecer que as mencionadas propostas, além de perfilharem a tendência dominante da legislação e doutrina atuais, são as que mais atendem aos objetivos da reforma, a saber, a persecução da garantia de efetividade do processo, respeito à celeridade e à segurança, em busca de uma ordem jurídica justa.

Contudo, não nos omitiremos em registrar o sentimento de frustração de significativa parcela dos operadores do direito, nem nos furtaremos ao dever de consignar nosso

⁽²⁶⁾ GRINOVER, op. e loc. cit.

⁽²⁷⁾ GRINOVER, *ibidem*

ponto-de-vista pessoal, que representa a perfeita coincidência com o sentimento quase geral apontado, em relação à timidez da reforma introduzida pela Lei 10.352/2001, em vigor a partir de março de 2.002, após o período legal de *vacatio legis*.

Compreendemos a posição de Orione Neto ao lamentar que a Comissão de Reforma do Código de Processo Civil tenha recuado em suas deliberações. Depois de consignar, no Anteprojeto de Lei 13, apenas o efeito devolutivo nas apelações, demonstrando ter assssimilado as lições hauridas dos estudos de direito comparado, privilegiando a maior eficácia da sentença, sim, a referida Comissão voltou atrás. Inseriu no Anteprojeto de Lei 15 o duplo efeito, sob a justificativa de que “fundadas objeções conduzem à manutenção da sistemática do duplo efeito, de longa tradição”. Também alegou a Comissão estar buscando “evitar, em segunda instância, um previsível acúmulo de pedidos cautelares tendentes à concessão do efeito suspensivo à apelação”.²⁸

Parece ter procedência a conclusão de Orione Neto: preferiu-se manter a “longa tradição” em vez de propiciar maior efetividade ao processo, prestigiando a sentença do magistrado de primeiro grau de jurisdição.²⁹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto. Poderes instrutórios do juiz. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1999.

_____. A reforma do Código de Processo Civil. 4. ed., 2ª tir., rev. ampl. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

_____. A reforma da reforma. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

_____. Os efeitos dos recursos. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5). p. 22-66.

GOMES Junior, Luiz Manoel. Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4). p. 644-677.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, 35, p. 24-67.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória : julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁽²⁸⁾ ORIONE Neto, Luiz. Duplo grau de jurisdição e efeito suspensivo: o maior retrocesso da segunda fase da reforma. In: MOREIRA, Alberto Camiña, et al. Nova reforma processual civil : comentada. São Paulo : Editora Método, 2002. p. 272-277.

⁽²⁹⁾ ORIONE Neto, op. e loc. cit.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Campinas : Millennium, 1999. v.4.

MOREIRA, Alberto Camiña (et al). Nova reforma processual civil : comentada. São Paulo : Editora Método, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1974. v. 5.

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5).

NERY Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4).

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil : processo de conhecimento, volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC : Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais do processo civil.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves considerações à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

4. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NOS TRIBUNAIS RECORRIDOS COMO FATOR DE MOROSIDADE DA JUSTIÇA

José Eduardo Supponi de Aguirre

4.1. Introdução

Entre as várias causas detectadas para o prolongamento temporal do julgamento do recurso especial, sobressaiu-se o exame de sua admissibilidade no tribunal recorrido.

Os arts. 541 e 542, § 1º do C.P.C. exigem que o recurso especial seja interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal onde sobreveio o acórdão impugnado, cabendo-lhes, após a apresentação das contra-razões pelo recorrido, o exame positivo ou negativo de sua admissão.

Embora sobrevindo no tribunal *a quo* o juízo positivo de admissibilidade do especial, esse exame será, antes da apreciação do mérito, novamente procedido, agora pelo S.T.J., em decorrência de sua competência constitucional pra tanto (art. 105, III, da C.F.).

No caso do juízo negativo de admissibilidade do especial no tribunal de origem, lícito será ao insurgente manejar o recurso de agravo de instrumento, de forma tal que, mantido o julgamento de admissibilidade, cumprirá àqueles órgãos judiciários diretivos remete-lo ao S.T.J. para reexame da questão (arts. 544 e 545 do C.P.C.).

Esse duplo grau de admissibilidade acarreta, obviamente, a procrastinação do desfecho final do recurso em apreço.

No entanto, existe controvérsia sobre os limites entre o juízo de admissibilidade e o de

mérito do recurso especial e, como ficará visto abaixo, conforme a solução que se der a esse problema acentuar-se-á, ou não, a delonga no desate da insurgência.

4.2. O Juízo de Admissibilidade e de Mérito do Recurso Especial

Malgrado pareça fácil, à vista desarmada, extremar-se o juízo de admissibilidade e de mérito do recurso especial, na hipótese do art. 105, III, 'a', da C.F. é certo que o manejo desses juízos está inçado de dificuldades.

Consoante anota Barbosa Moreira, a má redação do art. 105, III, letra 'a' da Constituição, atribuindo ao S.T.J. a competência para julgar a contrariedade do acórdão recorrido à lei federal, leva, se vista em sua literalidade, ao paradoxo de, ***“para verificar se a lei federal foi mesmo contrariada”***, apreciar-se o mérito do recurso especial para, em seguida, não conhecê-lo.

Acompanhem-se suas prestigiosas considerações:

“‘Quid iuris’ se, julgando-o, chega o tribunal à conclusão de que não se violou a lei, de sorte que o recorrente não tem razão? Literalmente entendido o texto constitucional, haveria o Superior Tribunal de Justiça andado mal em julgar o recurso: a decisão recorrida ‘não contrariou’ lei federal, logo a espécie ‘não se enquadra’ na moldura do art. 105, nº III, letra ‘a’... Mas como poderia o tribunal, ‘a priori’, sem julgar o recurso, adivinhar o sentido em que viria a pronunciar-se, na eventualidade de julga-lo? Eis o pobre Superior Tribunal de

Justiça metido, sem culpa sua, a fim de ver se a lei federal foi violada, e arrisca-se a, concluindo pela negativa, exceder os limites traçados pela Carta da República; ou então se abstém de julgá-lo, e assume o risco de descumprir a atribuição constitucional, porque sempre era possível que a lei federal tivesse realmente sido violada...”³⁰

Em resumo, para Barbosa Moreira, a literal aplicação do art. 105, III, 'a', da C.F. leva à confusão entre juízos de admissibilidade e de mérito do recurso especial.

Sugere ele, para contornar essa dificuldade, que se abandone a visão literalista do referido dispositivo constitucional, extraindo-se dele o seguinte entendimento:

“(...) 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 o recorrente alegar’ que a decisão recorrida contrariou lei federal. Semelhante entendimento é o único suscetível de arrumar logicamente o sistema e de livrar do pesadelo o Superior Tribunal de Justiça.”³¹

Partindo dessa premissa, Barbosa Moreira extrema com nitidez os limites dos juízos de admissibilidade e de mérito do recurso especial.

Na seara da admissibilidade, bastaria, então, estar entre os demais pressupostos recursais a simples afirmação do recorrente de que o acórdão afrontou a lei federal.

⁽³⁰⁾ Temas de Direito Processual, São Paulo, RT, 1997, pp. 127-128.

⁽³¹⁾ Ibidem, p. 128.

A ocorrência ou não do malferimento à norma federal restaria insulada no campo do juízo de mérito.

No entanto, afastam-se dessa sugestão outros doutrinadores, bem como, em maioria, o próprio S.T.J., embora a dissidência seja cambiante.

Em recente obra, afastando-se da retromencionada proposta, José Saraiva consigna que, *“embora brilhante e precisa, como sempre, a perspectiva sobre o tema em comento defendida pelo ilustre jurista, representando boa parte dos doutrinadores, a superposição do juízo de admissibilidade com o juízo de mérito dos recursos extraordinários decorre do texto constitucional, com ou sem má técnica. É uma realidade e, como em relação aos recursos, tem-se adotado o critério da legalidade refletido no princípio da taxatividade, não se pode partir do plano ideal para tentar estabelecer a conduta no real”*.³²

Em nota de rodapé de seu “Recurso Especial”, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira aborda, se forma esclarecedora, a polêmica levantada por Barbosa Moreira, acentuando a opinião concordante de Nelson Nery Júnior e as discordantes de Nelson Luiz Pinto e Rodrigo da Cunha Lima Freire, embora estes últimos também propugnem por diferenciar os julgamentos de admissibilidade e mérito no recurso em tela, devendo aquele cingir-se à constatação da razoabilidade da alegação do confronto entre o acórdão e a lei federal.

Porém é certo que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o viés da superposição dos julgamentos de admissibi-

lidade e de mérito do recurso especial, conforme realça Rodolfo de Camargo Mancuso:

“(…) há porém, entendimento – que se vai firmando nos Tribunais Superiores – no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial nos Tribunais de origem há que ter maior amplitude, em ordem a ser examinado ‘tudo’ o que esteja contido na rubrica do ‘cabimento’ desses recursos.”³³

4.3. O Questionamento sobre a Delimitação do Âmbito dos Juízos de Admissibilidade e Mérito no Recurso Especial não é Meramente Acadêmico

As testilhas instauradas sobre a questão do juízo de admissibilidade e de mérito no especial não têm, apenas, repercussão científica, mas apresentam consequências no plano constitucional e no da efetividade do processo.

4.3.1 Os Reflexos Constitucionais

Estando o especial submetido à “dupla triagem”, depreende-se que, se mantida a postura de aceitar-se a superposição dos juízos de admissibilidade e mérito, estarão os tribunais recorridos a debuxar o mérito da insurgência, concorrentemente com o S.T.J., quando manejarem, em vista ao art. 105, III, ‘a’, da C.F., o crivo que lhes cabe.

Isto é, os órgãos diretivos dos tribunais, de onde sobreveio o acórdão atacado, ao

⁽³²⁾ Recurso Especial e o STJ, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 346-347.

⁽³³⁾ Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 6ª ed., São Paulo, RT, p. 124.

inadmitirem o especial, sob o entendimento de que o aresto não malferiu a lei federal, apreciam, indiscutivelmente, o seu mérito.

Mas a competência para dilucidar o mérito é assegurada pela Constituição ao S.T.J., exclusivamente.

Logo, avulta-se evidente invasão dessa competência pelos tribunais recorridos, o que é insustentável à luz da Lei Maior.

Depois de recomendar que o juízo de admissibilidade do especial, pela letra ‘a’, do art. 105, III, da C.F., deve versar sobre a plausibilidade ou razoabilidade da alegada infringência ao direito federal, Nelson Luiz Pinto lembra que o exaustivo exame do tema pelo tribunal recorrido “*agride a Constituição Federal*”.³⁴

Na mesma trincheira, posta-se Herman Homen de Carvalho Roenick, consignando que, “*em termos amplos, se pode afirmar que no primeiro juízo de admissibilidade só é possível o exame dos requisitos, objetivos e subjetivos, sem qualquer incursão no aspecto meritório do recurso*”.³⁵

Outra não é a ótica adotada por Clito Fornaciari Júnior, acentuando que essas decisões “estão invadindo a competência reservada ao órgão superior, extrapolando os limites do despacho acerca do cabimento do recurso (...), cujo exame é deferido ao Superior Tribunal de Justiça”.³⁶

Logo, *data venia* do posicionamento contrário do próprio S.T.J. e da voz autorizada de Athos Gusmão Carneiro, temos como colidente com o texto constitucional a superposição

dos juízos de admissibilidade e de mérito nos tribunais recorridos.

4.3.2. Os Reflexos Sobre a Efetividade do Processo

Além da ofensiva à Lei Maior, a prática de apreciação do mérito recursal nos tribunais “a quo” entesta com o princípio da efetividade do processo, na medida em que, por morosa, gera a delonga no seu julgamento final pelo S.T.J.

Tanto é cediça a lentidão no processamento do especial nesses sodalícios, que dispensa maiores considerações.

4.4. A Importância de Norma Legal que Venha a Resolver o Impasse

Nesse quadro, a conclusão dos questionamentos sobre o tema, durante a regência pelo Prof. Dr. João Batista Lopes da disciplina “Sistema Recursal”, foi pela solução da dificuldade “de lege ferenda”.

Destarte, duas soluções foram aventadas: a primeira no sentido de prever-se o ajuizamento do recurso especial diretamente no S.T.J. e a segunda mantendo a dupla triagem, mas limitando o juízo de admissibilidade à constatação da simples alegação de contrariedade do acórdão recorrido com a lei federal, na linha do sustentado por Barbosa Moreira.

Qualquer uma dessas providências não só preservaria a competência exclusiva do S.T.J. na apreciação do mérito do especial, como,

⁽³⁴⁾ Recurso Especial para o STJ, Teoria Geral e Admissibilidade, São Paulo, Malheiros, 1996, 2ª ed., p. 147.

⁽³⁵⁾ Recursos no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Aide, 1999, 2ª ed., p. 182.

⁽³⁶⁾ Recurso no Superior Tribunal de Justiça, Coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 176.

também, contribuiria para a concretização do princípio da efetividade, propiciando maior agilidade no processamento e desate do recurso.

5. REFLEXÕES SOBRE A SUMULA VINCULANTE

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas

5.1. Introdução

Destinado a regular o comportamento social do homem o Direito deve manter sintonia com as aspirações da sociedade, razão por que a solução dos conflitos de interesse deve atender aos valores e princípios em que ela se assenta como a justiça, a verdade, a certeza, a segurança, a paz social etc.

Como instrumento de realização da ordem jurídica, o processo deve guardar sintonia com tais valores e princípios, donde a conclusão de que, em linha de máxima, não se pode admitir a existência de duas justiças o que geraria insegurança e descrédito do Poder Judiciário.

Entretanto, a interpretação e aplicação do Direito depende de muitos fatores entre os quais a formação jurídica e intelectual do magistrado, as circunstâncias de tempo e lugar, as condições materiais para o exercício da jurisdição etc.

Diante disso, é normal, no dia-a-dia forense, a existência de dissídio quanto à inteligência das normas jurídicas, sendo frequentes as hipóteses em que, num mesmo tribunal, coexistam teses jurídicas conflitantes.

Tomemos dois exemplos. Antes da existência de norma admitindo a correção

monetária e a indenização por dano moral, os julgadores das várias cortes do país dividiam-se quanto a essa *quaestio iuris*, do que resultava insegurança para os operadores do Direito e para os jurisdicionados.

A existência de dissídio jurisprudencial é uma contingência da liberdade que deve presidir aos julgados, mas a sociedade não aceita essa realidade que pode ser confundida com a máxima “dois pesos, duas medidas”.

Entre os mecanismos imaginados para evitar a dualidade de julgamentos figuram, em lugar de realce, as súmulas (*rectius*, súmula da jurisprudência predominante).

5.2. Conceito de súmula

No dizer de MIGUEL REALE, as súmulas consistem em enunciados que refletem decisões reiteradas do respectivo Tribunal no que tange a teses jurídicas e que servem de norte a toda comunidade jurídica. A súmula vinculante corresponderia dessa forma, à orientação judicial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com relação a determinado caso concreto, que deverá a partir daí ser adotada como parâmetro para o julgamento de todas as causas semelhantes, pelos magistrados das instâncias inferiores. Consoante ensinamento de Miguel Reale³⁷ ... *em suma, ... a súmula já é o resultado de um longo processo doutrinário e jurisdicional, sendo certo que a convergência de várias decisões nas instâncias superiores constitui demonstração do acerto na apreciação das normas jurídicas em consonância com determinado quadro de fatos e valores. Assim sendo, se se justifica plenamente a vinculação dos juízes às súmulas,*

⁽³⁷⁾ REALE, Miguel. Crise do Capitalismo e Crise do Estado. Ed. SENAC, 2000, p.113.

devemos, outrossim, nos prevenir contra o indefinido congelamento delas...

Um dos precursores em desenvolver estudos no sentido de inserir a súmula (instituto do *common law*) no nosso ordenamento jurídico (*civil law*), foi o ex-ministro Vítor Nunes Leal, nos idos de 1963, com o intuito de definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, vinha decidindo de modo reiterado sobre temas que repetiam constantemente em seus julgamentos. Sua proposta era a de se criar por meio de emenda ao regimento interno “Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal”. Desta feita, a súmula vinculante consistia em uma medida de natureza regimental, que visava especialmente descongestionar os trabalhos do Tribunal, possibilitando que a ação de seus juízes se torne mais célere. Além disso, a súmula serviria, segundo o referido jurista, de informação a todos os magistrados do país e aos advogados dando a conhecer a orientação da Corte suprema nas questões mais freqüentes. O novo instituto serviria para uniformizar decisões que se repetissem reiteradamente em semelhantes julgados. Para ele, a súmula não deveria ter caráter impositivo ou obrigatório, imutável para o próprio tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores.

A súmula por ele tratada consistiria em matéria regimental que poderia ser alterada conforme a necessidade, por sugestão dos ministros ou das partes, por meio de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

O STF adotou tal proposta de súmula com autoridade meramente persuasiva, sendo seguido pelos demais tribunais que imitaram seu exemplo formulando suas próprias súmulas. Mais tarde, o que antes consistia apenas em matéria regimental, passou a constar também,

de forma expressa, no Código de Processo Civil, em seus artigos 476 a 479, que permitem a emissão de súmulas pelos tribunais como efeito incidente de uniformização de jurisprudência.

O ideal de se aplicar a súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico contraria a nossa tradição de não conferir à jurisprudência caráter normativo.

No que diz respeito propriamente ao efeito vinculante, constata-se que o mesmo foi instituído em nosso ordenamento jurídico quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 03/93, cujo artigo 1º alterou o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 objetivando a inclusão do parágrafo 2º, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Cabe salientar que o modelo de inspiração imediato da forma vinculada encontra-se na regra do *stare decisis* ou precedente judicial vinculativo próprio do sistema *common law* (que em muito se diferencia de nosso sistema do *civil law* de tradição romano-germânica). Isso, apesar do fato de que a motivação e aplicabilidade do efeito vinculante adotado no sistema do *common law* se diferencia de forma significativa do que se pretende adotar aqui.

Hodiernamente é possível verificar que existem duas propostas em discussão no Congresso Nacional tratando da súmula com efeito vinculante: uma, tramita na Câmara dos Deputados, por meio do substitutivo apresentado pelo Deputado Jario Carneiro (PFL/BA), que institui a súmula vinculante em um projeto ainda maior de Reforma do Judiciário (Proposta de Emenda Constitucional nº 54/95), em curso no Senado Federal, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/PB), tratando especificamente a respeito da súmula, dando nova redação ao parágrafo 2º do artigo 102 da

Magna carta, implantando o efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito do STF.

Dessa forma, encontra-se em andamento junto ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição de nº 54 de 1995 no sentido de se dar nova redação ao parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição com a introdução em nosso ordenamento jurídico, no texto Constitucional, da súmula com efeito vinculante. A proposta é a de adotar o efeito vinculante amplo às “*decisões proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar pelo voto de dois terços de seus membros*”.

E, além dessa, existe a proposta de reforma constitucional do Poder Judiciário, em tramitação legislativa dispõe acerca da edição de súmulas com efeito vinculante tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelos Tribunais Superiores. Tal proposta de Emenda à Constituição Federal consiste em se alterar o art. 98 para que o mesmo fique com a seguinte alteração:

Art. 98. *O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no artigo 107, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.*

§1º A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou

entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

3. ASPECTOS POSITIVOS DA SÚMULA VINCULANTE

A utilidade da Súmula vinculante estaria justamente na necessidade de se encontrar meios hábeis de ao menos se conter a crescente demanda de processos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal e de agilizar a máquina judiciária. Isso significa impedir a proliferação e eternização de lides idênticas, o que aliviaria os tribunais de milhares de processos idênticos, possibilitando o julgamento de nossos processos, evitando decisões conflitantes.

Adotar a súmula vinculante viria ao encontro principalmente dos clamores da grande parte da população pobre que não tem condições financeiras para ir ao STF/STJ. Além disso, ao se evitar decisões conflitantes, dar-se-ia maior certeza e segurança ao Direito, o que o tornaria mais previsível, asseguraria tratamento mais isonômico aos jurisdicionados.

Com a adoção da súmula vinculante combate-se-ia a abominável “loteria judiciária” que tanto incomoda os mais nobres operadores do direito e a sociedade como um todo por afrontar o princípio constitucional que prevê que todos são iguais perante a Lei. Difícilmente se compreende porque para um mesmo caso concreto podem decorrer decisões completamente diferentes, muitas vezes até mesmo contraditórias. Tal quadro fatalmente leva a incertezas jurídicas e ao descrédito da Justiça. De forma alguma, violar-se-ia a independência dos juízes na interpretação da lei especialmente por sua aplicação ser limitada a situações específicas.

A aplicação da súmula vinculante em momento algum restringiria a interpretação da lei, sua aplicação seria apenas para casos estáveis. E, ao contrário de engessar o Judiciário, ela destrancaria e amenizaria boa parte do trabalho do magistrado no que dissesse respeito a questões objetivas reiteradamente decididas, possibilitando ao julgador dispendar seu tempo em questões mais complexas, que realmente necessitassem de sua avaliação de forma individualizada. É no mínimo intrigante, ou, melhor, *inconcebível que cerca de 70% dos processos que tramitam no STF tratem de matéria que já foi decidida por essa mesma Corte. É um desperdício de dinheiro, tempo e também de recursos humanos; isto só não é percebido pelo Poder Público. A demora, por vezes, pode até comprometer, para dizer o menos, direitos de um cidadão que já foram garantidos pela própria Corte Máxima do País*³⁸...

4. ASPECTOS NEGATIVOS

A principal crítica, ou melhor, desvantagem que muitos afirmam que a aplicação da Súmula traria é o “engessamento” do poder que o magistrado possui hodiernamente de julgar conforme seu convencimento as causas a ele submetidas

O maior temor que parece rondar a temática da Súmula Vinculante parece ser o perigo de a mesma retirar a necessária liberdade para julgar inerente à função do magistrado.

Seria então, mecanismo autoritário a restringir significativamente o direito-dever de

os julgadores apreciarem cada causa com independência e conforme suas convicções jurídicas. Representaria um repudiável controle político e ideológico dos magistrados. Da adoção do efeito vinculante das súmulas resultaria decisões submissas e atreladas aos tribunais superiores, cujos integrantes são nomeados pelo presidente da República. Haveria, conforme tal entendimento, centralização do poder na cúpula do STF, que contrariando a nossa Carta Magna passaria a legislar. Atrelar-se-ia o poder criador da jurisprudência dos tribunais inferiores e dos juízes de primeiro grau. Tal quadro resultaria na existência de um direito estático e não dinâmico como se espera que seja. Acabaria dessa forma, com a democracia, com a liberdade de julgar uma vez que as decisões seriam meramente políticas, amarradas às súmulas. Além disso, sua aplicação confrontaria com o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal brasileira que determina que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. A Súmula vinculante também infringiria outras garantias constitucionais como: o devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição de forma a obstaculizar o acesso à justiça e contrariar o princípio da inafastabilidade do controle judicial.

Consoante Djanira Maria Radamés de Sá³⁹ *se o direito brasileiro é regido pelo primado da lei, e se súmula não é lei, mas decisão judicial, não se lhe pode atribuir força vinculativa só atribuível à lei. Admitir tal hipótese significa concordar com a subversão do sistema jurídico nacional pela inversão da ordem de prevalência das fontes do direito.*

⁽³⁸⁾ TAVARES. Francinaldo. Matéria publicada na revista VEJA, assunto: *Justiça, exaustos meritíssimos*, em 26/03/1997. Edição 1.488, pág.108-113.

⁽³⁹⁾ *Súmula vinculante – análise crítica de sua adoção*. Del Rey, Belo Horizonte, 1996,págs.113-114

Os que são contrários à aplicação da súmula vinculante argüem que a mesma não teria o condão de evitar que a máquina judiciária fosse movimentada para apreciar os inúmeros casos idênticos que habitualmente são submetidos à sua apreciação. Assim, em nada minorariam o problema da morosidade, já que os Tribunais seriam provocados até mesmo para se questionar sobre o acerto ou não da aplicação da súmula, seja por esta ser realmente questionável ou por servir de mero instrumento protelatório.

Mesmo que o STF deixasse de examinar recursos extraordinários e agravos que a ele são submetidos, em compensação teria que passar a analisar número significativo de reclamações que seriam de sua competência originária, assim, diretamente submetidas a ele. Não obstante o STF ter competência para trancar, mediante decisão do relator, recursos manifestamente incabíveis, improcedentes ou prejudicados, na prática tem se constatado que tal expediente não tem sido muito utilizado. Desta feita, às Turmas são apresentados para exame uma infinidade de casos decididos de forma reiterada, que por constituírem precedentes que corresponderiam à jurisprudência sumulada, poderiam servir para nortear decisões similares futuras. Ao invés de beneficiar os trabalhos dos tribunais, a adoção da súmula com efeito vinculante retirariam a independência dos julgadores no momento de decidir na medida em que estariam de mãos atadas frente às súmulas vinculantes. Haveria então uma repudiável cristalização da jurisprudência. O debate jurídico com relação a muitos casos estaria dessa forma, afastado.

Com relação a passar a considerar como crime de responsabilidade a interpretação divergente do magistrado de instância inferior feriria um dos princípios básicos do Judiciário que é o da *livre convicção no julgar o fato*

conforme o direito, já que seria um engano acreditar que um fato que ensejou certa Corte a enunciar súmula de jurisprudência predominante se subsumiria completamente a outro caso. Assim, retirar do julgador a oportunidade de examinar individualmente as hipóteses que a ele são submetidas para verificar como resolvê-las conforme o Direito, corresponderia a até mesmo distorcer o fato para adequá-lo ao direito enunciado. Mesmo porque, é possível constatar que muitas vezes enunciados (seja do mesmo ou de variados Tribunais) conflitam entre si, o que dificultaria ainda mais a tarefa do julgador, já que neste caso teria também que aferir qual enunciado estaria em vigor ou não.

A súmula vinculante acarretaria problemas como o de submeter os tribunais a um grande volume de casos com a finalidade de avaliar se o juiz ou tribunal inferior aplicou de forma acertada os enunciados da súmula. Assim, só aumentaria o número de processos nos tribunais, além de gerar certa insegurança judiciária já que haveria o risco de os juízes serem apenados por crime de responsabilidade.

Para alguns, ao invés de adotar a súmula vinculante, dever-se-ia utilizar melhor o dispositivo referente ao art. 557 do C.P.C., que possibilita a inadmissão de recursos em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Chega-se a propor a extensão dessa regra a outros órgãos da jurisdição como o juízo de primeiro grau.

O tema é, como se vê, polêmico.

Grande, porém, o número de opositores à súmula vinculante como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Juízes para a Democracia, várias associações de magistrados e de advogados.

5.5. CONCLUSÃO

Como vimos, são graves as objeções levantadas contra a súmula vinculante, razão por que sua introdução na forma pretendida nos projetos supracitados se afigura desaconselhável.

Entretanto, é muito provável que, para se desafogar os tribunais superiores, o Congresso acabe por aprovar essa inovação, pondo termo ao debate sobre o tema.

É de se esperar que, assim sendo, o legislador atente para a necessidade de limitar o

instituto a matérias determinadas como as relacionadas com os “pacotes econômicos” e as questões tributárias repetitivas.

Se, porém, se reabrir o debate sobre a reforma do Poder Judiciário como proposto pelo Min.da Justiça Márcio Thomaz Bastos, será oportuno questionar sobre a conveniência da substituição da súmula vinculante pela súmula inibidora de recursos, porque esta não comprometerá a liberdade de julgamento dos magistrados de primeira e segunda instância.

