

Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã

Teresa Arruda Alvim Wambier



Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra (2008, 2011 e 2015). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Vice-Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

A ideia que está por trás do princípio da *economia processual* comporta ser projetada tanto na dimensão individual de cada processo, quanto na dimensão macro, que diz respeito ao funcionamento, ou, para usar-se um estrangeirismo expressivo, à *performance do Poder Judiciário*, abrangendo o modo como conduz e resolve os conflitos que estão submetidos à sua apreciação.

Esta última ótica foi a que inspirou muitas das novidades do CPC que deve entrar em vigor em março de 2016.

Por esta perspectiva, em que se privilegia a necessidade de que o Poder Judiciário “funcione bem”, procurou-se fazer com que

cada processo “renda” mais, o que significa que, quando chegar ao fim, tenha sido, de fato, resolvida integralmente a controvérsia subjacente.

Evidentemente, uma das principais alterações que cumpre esta finalidade é a extensão da autoridade da coisa julgada às prejudiciais.

Diz-se, com acerto, que o pedido tem a função de delimitar a atividade jurisdicional.¹

¹ Cf., entre outros, Aldo Attardi, *Diritto processuale civile*, Milão, Cedam, vol. I, 1994, p. 58; Claudio Consolo, *Le tutele*, Bolonha, Cisalpino, 1998, t. I, p. 71-72; Sergio La China, *Diritto processuale civile*, Milão, Giuffrè, 1991, p. 582. Segundo o princípio da inércia da jurisdição, o órgão jurisdicional somente deve agir se houver provocação. A petição inicial, deste modo, é o instrumento por meio do

Diz-se também que a petição inicial pode ser vista como um projeto da sentença.²

É na petição inicial que o autor determina sobre o que deverá o juiz decidir, com autoridade de coisa julgada. No regime do CPC de 1973, a atuação do réu não tem o condão de interferir nos limites objetivos da coisa julgada, que recairá sempre sobre a lide (pedido, mérito, objeto litigioso).³

A petição inicial pode ser analisada sob o ponto de vista formal e substancial. Enquanto parte dos elementos da petição inicial relaciona-se a aspectos formais ou processuais, a petição inicial em sentido substancial (ou libelo) diz respeito à definição

daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, isto é, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso.⁴

A determinação do pedido gera vários efeitos ao longo do processo.⁵ Como se disse, predominam, no direito brasileiro, os princípios da inércia da jurisdição e o princípio dispositivo (CPC/73, art. 2º).⁶ Nesse contexto, o pedido assume papel bastante relevante, pois define a *modalidade* e a *extensão* da atividade jurisdicional a ser desenvolvida. Assim, é a partir do pedido que se deverá verificar se se trata de ação de execução, de conhecimento ou cautelar, bem como, dentro destas categorias, que espécie de tutela jurisdicional é pretendida. O juiz, como regra, não pode fugir da definição feita e das providências pleiteadas pelo autor. Trata-se, no entanto, de situação que vem encontrando número cada vez maior de exceções, no direito brasileiro.⁷

Mas, de acordo com o CPC de 73, somente incidirá autoridade de coisa julgada sobre o que tiver sido *objeto de pedido* (art. 469 do CPC/73), e que, portanto, deverá ser

qual o jurisdicionado provoca a jurisdição (CPC/73, art. 262). A petição inicial, ainda, delimita o âmbito e a natureza da atividade jurisdicional a ser desenvolvida (princípio da congruência, ou da correlação entre pedido e sentença; CPC/73, arts. 128 e 460, *caput*). Há diversas situações, no entanto, em que não fica o juiz adstrito ao pedido realizado pelo autor. Podem-se citar, ainda, as seguintes: a) a hipótese do art. 461, § 5º, do CPC/73 que autoriza o magistrado a determinar a realização de medidas judiciais não pleiteadas pelo autor (cf. STJ, REsp 1069441/PE, 1ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.12.2010), o mesmo se podendo dizer do art. 461-A do CPC/73; b) o caso do art. 130 da Lei 8.069/1990 (ECA), que autoriza a determinação de medidas cautelares *ex officio* pelo juiz; c) o “pedido implícito” (cf. art. 293 do CPC/73); d) o “pedido impróprio”, que, de certo modo é um pedido implícito, mas que não tem relação direta com a lide (por exemplo, pedido de condenação ao pagamento da verba honorária, que, de acordo com o art. 20 do CPC/73, deve ser fixada *ex officio* pelo juiz; nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl na SEC 11.529/EX, Corte Especial, j. 06.05.2015, rel. Min. Og Fernandes, DJe 25.05.2015).

- 2 Nesse sentido, Eduardo J. Couture: “Existe un paralelismo curioso entre estas exigencias formales de la sentencia y las exigencias formales de la demanda. Frente a las exigencias de nuestras leyes, viene a ser una verdad la afirmación de que la demanda es, en cierto modo, el proyecto de sentencia que quisiera el actor (Sperl, *Il processo nel sistema del diritto, Studi in onore di Chiovenda*, p. 819) o, desde otro punto de vista, la respuesta homóloga del Estado a la demanda (Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 106).” (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 3. ed., póstuma, Buenos Aires, Depalma, 1988, item 184, p. 292 e 293); “Pedido é o conteúdo da demanda, a pretensão processual, o objeto litigioso do processo, o mérito da causa” diz Lionel Zaclis (Cumulação eventual de pedidos e jurisprudência do STJ, *Causa de pedir e pedido no processo civil*, Coords. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo, RT, 2002, p. 412).

- 3 Cf. nosso *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 100-101.

- 4 Cf. Karl Heinz Schwab, *El objeto litigioso em el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1968, § 16, p. 241 ss.; Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, Coimbra, Almedina, 2002, § 37, p. 203; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, cit., n. 87, p. 738.

- 5 Na contestação o réu não faz pedido, tecnicamente, mas *impugna* o pedido (cf. CPC/73, art. 300), salvo no caso das ações dúplices (cf., por exemplo, CPC/73, art. 278, § 1º); não sendo este o caso, poderá o réu ajuizar ação através de reconvenção (cf. CPC/73, arts. 315 ss.).

- 6 Parte da doutrina distingue o princípio da demanda, que subordina a atuação jurisdicional à provocação da parte, do princípio da correlação entre pedido e sentença. Afirma-se, no entanto, que este princípio decorre daquele. Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3. ed., Nápoles, Jovene, 1999, p. 204; semelhantemente, Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, cit., § 24, p. 132-133.

- 7 Já se mencionou que vigora, no direito brasileiro, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença (também chamado de princípio da congruência, ou da adstrição entre pedido e sentença). Significa este princípio que o órgão jurisdicional não poderá julgar *além* do pedido (sentença *ultra petita*), *aquém* do pedido (sentença *citra* ou *infra petita*) ou *fora* do pedido (sentença *extra petita*). Cf. CPC/73, arts. 128 e 460. O pedido identifica a espécie de tutela jurisdicional pretendida (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva). Sobre estas espécies de ação se discorrerá adiante, no texto.

objeto de decisão, razão pela qual a questão prejudicial não é atingida pela coisa julgada (daí a necessidade de se intentar ação declaratória incidental, caso se pretenda que sobre as prejudiciais também venha a pesar autoridade de coisa julgada; art. 470 do CPC/73). E, isto ocorrendo, pode-se dizer que a questão prejudicial configurará uma causa prejudicial, ganhando, com isto, a autonomia necessária para que, sobre esta última, pese a autoridade de coisa julgada.

Segundo o novo Código, esta limitação deixa de existir, passando o réu a poder influir nos limites objetivos da autoridade da coisa julgada.

Não nos parece que esta extensão comprometa o valor segurança, já que só serão atingidas pela autoridade da coisa julgada *questões* (pontos sobre os quais *não* houve concordância entre autor e réu: no conceito de *questões*, está implícito que tenha havido *contraditório*) prejudiciais (aquelas de cuja decisão depende o teor da decisão a respeito do mérito, propriamente dito), que poderiam dar origem a outras ações, servindo como base para outro pedido.⁸

Assim, numa ação em que se cobrassem juros de determinado contrato e em que se viesse a discutir, também incidentalmente, sobre a validade de tal contrato, decidindo o juiz, afinal, que o contrato é válido e que os juros são devidos, se produziria coisa julgada também sobre a validade do contrato. Por isso, a validade do contrato, em si mesma, tornar-se-ia indiscutível e não poderia ser formulado outro pedido, em juízo, com base na afirmação de direito no sentido de que o contrato seria nulo.

Este é um bom exemplo da maximização do *grau de eficiência de um processo*, quanto a evitar o nascimento de processos outros, futuros. Com isso, haverá menos pro-

cessos em curso, e mais eficiência, agora num outro sentido, do próprio Judiciário.

No plano dos recursos, houve também um número considerável de modificações com esta finalidade. Claro, muitas delas, se analisadas isoladamente, podem levar a que se afirme, equivocadamente, que o Judiciário teria “muito mais trabalho”. Mas sob a ótica *macro*, esta sobrecarga, que, de fato, existe, compensa.

Exemplo expressivo de alterações do sistema que tiveram esta finalidade são as novas regras que dizem respeito aos *recursos especial e extraordinário*.

Veja-se o art. 1.029, § 3º, do NCPC em que está dito, com toda a clareza possível, que defeitos formais não graves não devem impedir a apreciação do mérito do recurso.⁹ Devem ser desconsiderados ou corrigidos. Alude-se a “recurso tempestivo”, para que não se tenha dúvida de que a tempestividade é requisito de admissibilidade que não se pode dispensar.¹⁰

9 “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o reputar grave”.

10 Este dispositivo deve desestimular os seguidores da assim chamada jurisprudência defensiva. Como exemplo de jurisprudência defensiva, citamos os casos em que agravos em recurso extraordinário e recurso especial são inadmitidos em função de carimbos borrados, que, em tese, gerariam dúvida quanto à tempestividade do recurso extraordinário e do recurso especial (STF, AgRg no AI 834940/PE, 1ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 09.02.2012; STJ, AgRg no AREsp 551.756/RS, 1ª T., j. 15.09.2015, rel. Min. Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª região), DJe 23.09.2015); a Súmula 735 do STF, que dispõe não caber recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar; e as decisões que asseveram que o recurso extraordinário e o recurso especial necessita ser reiterado para o seu conhecimento se manejado antes do início da fluência do prazo recursal (STF, EDiv nos EDcl no RE 606376/RS, Tribunal Pleno, j. 19.11.2014, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2014; no âmbito do STJ, a matéria está sumulada: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (Súmula n. 418). E tal entendimento é aplicado por analogia aos demais casos, como, por exemplo, já se deci-

8 Cf. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim. *As questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, *passim*.

Do mesmo modo, o art. 1.032 do NCPC determina expressamente que as regras de competência que se aplicam a todos os órgãos do Poder Judiciário se apliquem também ao STF e ao STJ.¹¹ E que razões haveria para que assim não fosse?

Então, se o relator do recurso especial entender que a questão sobre a qual versa este recurso é constitucional, em vez de, pura e simplesmente, não apreciar o mérito do recurso, deve *remetê-lo* ao STF. Antes disso, deve dar à parte recorrente o prazo de 15 dias para que seja demonstrada explicitamente a repercussão geral.

Não há por que o inverso não deva acontecer: também se o relator do recurso extraordinário, no STF, entender que a questão tratada no recurso é de natureza infraconstitucional, deve remeter este recurso ao STJ.

A última palavra a respeito da natureza da matéria do recurso é, como é natural, do STF.

O que acaba ocorrendo, como consequência das regras hoje em vigor, é que decisões flagrantemente inconstitucionais ou ilegais transitam em julgado. Até porque, como se sabe, há questões que são simultaneamente, constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional e sob a perspectiva da lei infraconstitucional. Em muitas ocasiões, a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, senão impossível.

Não é incomum que num mesmo processo se interponham dois recursos, porque, de fato, a questão central pode ser analisada sob ambos os pontos de vista, e nenhum dos dois Tribunais Superiores entendem caber-lhe a competência; por outro lado, o que talvez seja ainda pior, casos há que *ambos* os Tribunais decidem e (pasmem!) em sentidos diversos.¹²

Outra série de alterações que representa relevante passo adiante, sob o ângulo da necessidade de que o processo tenha o adequado rendimento, no sentido de que *resolva* efetiva e *inteiramente* o conflito subjacente à demanda, satisfazendo realmente o litigante que demonstrou ter direito, diz respeito ao âmbito da devolutividade dos recursos extraordinário e especial.

Frequentemente ocorre que pedidos sejam formulados perante o Judiciário lastreados em mais de uma causa de pedir. Do mesmo modo, comumente a defesa se baseia em mais de um fundamento.

A causa de pedir é um dos elementos individualizadores da ação ou da demanda. *Grosso modo*, pode-se dizer que a causa de pedir é a razão em virtude da qual se formula um pedido (se propõe uma ação) perante o Poder Judiciário.

diu no sentido de ser “extemporânea a apelação interposta na pendência de julgamento dos Embargos de Declaração, ainda que apresentados pela parte contrária ou rejeitados, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação dentro do prazo legal”. (STJ, AgRg no REsp 1431138/ES, 2ª T., j. 03.02.2015, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 11.02.2015).

11 “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

12 O STJ firmou entendimento no julgamento dos recursos especiais (STJ, REsp 508.583/PR, 2ª T., j. 16.08.2005, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 12.09.2005; STJ, REsp 751.835/PR, 1ª T., j. 23.08.2005, rel. Min. Jose Delgado, *DJ* 19.09.2005; STJ, REsp 873.503/PR, 2ª T., j. 21.11.2006, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 01.12.2006), no sentido de impossibilidade de pagamento em dinheiro do vale transporte, sob pena de integralizar base de cálculo da contribuição social. “Se o auxílio-transporte e pago em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei 7.418/1985, o benefício deve ser incluído no salário de contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária e do FGTS”. O STF, em julgamento de *leading case* decidiu de forma contrária, afirmando que o pagamento em dinheiro não alteraria a natureza do benefício, não devendo integralizar a base de cálculo da contribuição social (STF, RE 478.410/SP, Pleno, j. 15.12.2011, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 06.02.2012). Mais tarde, STJ reviu o seu posicionamento para adequá-lo ao novo entendimento assentado no julgamento proferido pelo STF.



A expressão *causa*, na hipótese, deve ser entendida como *causa eficiente*, i. e, a que nos leva a fazer ou a realizar algo.

Pode-se enxergar certa dose significativa de simetria entre conceitos de *causa de pedir* e *fundamentos da defesa*, o que determina que, pelo menos em parte, o tratamento jurídico que se lhes deva imprimir seja o mesmo.¹³

Causa de pedir é toda aquela *ratio* que, por si só, pode levar à procedência da demanda; assim como fundamento da defesa é a *ratio* que, por si só, pode levar à improcedência do pedido, ou à extinção do processo sem julgamento do mérito.

13 Nesse sentido: “Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação de uma tutela jurisdicional” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 295). Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*Curso avançado de processo civil*, vol. 1. 15. ed. São Paulo: RT, 2015, n. 25.2, p. 482) afirmam que o direito de defesa “é o contraposto do direito de ação. Ao réu é assegurado o direito de pleitear um provimento jurisdicional que indefira a pretensão levada pelo autor a juízo. Assim, tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, até certo ponto e em certa medida, têm a mesma natureza, pois ambos representam o direito à tutela jurisdicional”.

Assim é que, nesta medida, o dever de o Judiciário examinar integralmente a ambas as categorias – causas de pedir e fundamentos da defesa – é idêntico, como se verá com mais vagar adiante.

Segundo o ordenamento jurídico em vigor, acolhida uma causa de pedir, o juiz fica dispensado de analisar as demais. Julga procedente a demanda e o recurso que seja eventualmente interposto pelo réu devolve ao Tribunal as demais causas de pedir (CPC/73, art. 515, §§ 1º e 2º). Isto cria a possibilidade de que o Tribunal mantenha a procedência do pedido, com base em outra causa de pedir. Ou acolha a apelação do réu, julgando improcedente a demanda, lastreado num dos fundamentos da defesa. A regra também existe no NCPC (art. 1.013, §§ 1º e 2º).

Já tivemos oportunidade de sustentar¹⁴ que o Tribunal de segundo grau tem dever de dimensões diferenciadas em relação ao juiz de primeira instância, no que tange à tarefa de motivar a decisão de mérito. Esta constatação decorre de que os recursos cabíveis das decisões de primeiro grau têm, à luz do CPC de 73, devolutividade mais ampla que os recursos que cabem de acórdãos dos tribunais de segundo grau.

Portanto, é o próprio sistema de 73 que impõe uma abrangência maior ao dever de fundamentar acórdãos: já que os recursos excepcionais não contam com o efeito devolutivo em sua dimensão vertical, o acórdão há de ser fundamentado de outra forma, mais ampla, pois o Tribunal Superior, de regra, só examina o acórdão recorrido e o recurso, para decidir.

Evidentemente, esta necessidade não existiria, se os tribunais superiores admittissem certa dose de verticalidade no efeito

14 Teresa Arruda Alvim Wambier. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 314.

devolutivo do recurso especial e no recurso extraordinário. Foi exatamente por esta solução que se optou no novo CPC.

Vamos a um exemplo: imagine-se que A impetire mandado de segurança contra o Fisco, afirmando, não poder ser cobrado por certo tributo, por ter havido prescrição e também por ser ilegal alíquota aplicada. Na sentença, o juiz acolhe a prescrição. O mesmo se faz no acórdão que julga o recurso interposto pelo Fisco. O Fisco maneja, então, recurso especial, e neste recurso se decide não ter havido prescrição. Então, é claro, deve haver pagamento. Mas e a questão (= outra causa de pedir) da ilegalidade da alíquota? Esta fica sem solução?

Poderiam, alguns, dizer que não tendo sido, aquela causa de pedir, examinada, a ação poderia ser reproposta. Outros, diriam que os autos deveriam retornar à segunda instância, para que houvesse decisão a respeito da outra causa de pedir.¹⁵

15 Nesse sentido, citamos como exemplo dois acórdãos já comentados por esta autora em outra oportunidade (Teresa Arruda Alvim Wambier. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. cit., p. 316-317; 320): “Duas matérias de defesa. Acatamento pela sentença da primeira, julgando improcedente o pedido. Afastamento pelo tribunal para dar pela procedência. Necessidade de se examinar a segunda matéria. Por força do art. 515, § 2º, CPC/73. Omissão não sanada em declaratórios. Nulidade. Recurso provido. Aplicação do direito à espécie (art. 257, RISTJ). Princípio da instrumentalidade do processo. I – Havendo duas matérias na defesa e tendo o juiz acatado somente a primeira, a apelação interposta transfere ao conhecimento do tribunal da apelação o conhecimento da outra, que deveria ter sido examinada após ultrapassado a anteriormente atacada. II – Nulidade do acórdão dos embargos declaratórios, que silenciou sobre a questão, embora provocada a turma julgadora. III – Em apreço a instrumentalidade do processo e aplicando o direito à espécie (RISTJ, art. 257), anula-se o processo a partir da sentença, inclusive, para ensejar a instrução do feito no primeiro grau e regular prosseguimento após, sem prejuízo do exame, pelas instâncias ordinárias, de todos os aspectos da causa, inclusive o concernente a preliminar de prescrição.” (STJ, REsp 95.966/DF, 4ª T., j. 11.11.1996, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09.12.1996); “Desapropriação indireta. Omissão do tribunal de origem violação ao art. 535, I e II, do CPC/73 – ocorrência – retorno dos autos à instância *a quo*. 1. Ofende o art. 535, II, do CPC/73 o acórdão proferido em sede de embargos de declaração que não enfrenta questão ventilada nas razões de apelação e que não foi objeto de discussão na formação do aresto recorrido. 2. A ausência de mani-

O novo Código permite, expressamente que o próprio *Tribunal Superior decida as demais causas de pedir*. Assim como permite expressamente que se analise eventual outro fundamento de defesa. Portanto, se o réu alega pagamento e prescrição, em ação em que lhe é cobrada determinada quantia, e o juiz acolhe o pagamento, julgando improcedente ação, e o Tribunal confirma integralmente esta sentença, segundo o projeto, o Tribunal Superior pode, afastado o pagamento, conhecer da prescrição.¹⁶

A importância desta solução está em que aquele que tem interesse em que a outra causa de pedir seja analisada pelo Tribunal Superior (ou o outro fundamento da defesa) *não pode recorrer* do acórdão de segundo grau, porque não sucumbiu. Resta-lhe alegar a matéria nas contrarrazões. No sistema em vigor, pode-se objetar no sentido de que o Tribunal não poderia conhecer, porque não teria havido prequestionamento etc.

Por isso é que se engendrou a criativa e malabarística solução do recurso “adesivo

festação pela instância *a quo* quanto às impugnações ao laudo pericial, que embasou a fixação da indenização pelo desapossamento de área de preservação ambiental situada na Serra do Mar, impõe a nulidade do acórdão recorrido, máxime, porque essa análise é vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ) subtraindo da parte a última oportunidade de atacar essa prova, elemento de convicção nas ações expropriatórias, com violação ao *due process of law*.” (STJ, REsp 440.157/SP, 1ª T., j. 07.10.2003, rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.10.2003).

16 É importante salientar que, no entender de Nelson Nery Jr., já na sistemática atual é possível que os Tribunais Superiores decidam as demais causas de pedir, conforme atesta a própria Súmula 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”). Segundo o referido autor, esse entendimento também é aplicável ao recurso especial e “Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias”. Esclarece, ainda, que “(...) removido o óbice constitucional da causa decidida (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o juízo de cassação dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, *rever a causa*” (destaques no original) e que, apesar de o reexame de provas não ser viável no juízo de cassação dos RE e REsp, é recorrente no juízo de revisão. (Nelson Nery Jr. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. n. 3.5.1.5, p. 423).

condicional”: se, mercê do recurso do Fisco, a prescrição for afastada (ela favorece o contribuinte, então que não pode recorrer imediatamente, porque lhe falta interesse recursal) mas se for... então o contribuinte precisa que seja analisada a questão da (i)legalidade da alíquota. Claro que com isto, o problema da ausência de prequestionamento permanece sem solução.

Mas por que tornar tão complexo o sistema recursal? A complexidade diminui a possibilidade de acesso às instâncias superiores, mas o critério de seleção dos recursos que serão analisados no mérito não é legítimo. A seleção dos recursos que devem ser julgados pelas instâncias superiores deve ser feita, evidentemente, pelo menos *predominantemente*, à luz do critério relevância da matéria, grau de ofensa ao direito objetivo.

O NCPC abertamente procurou desmanchar as “armadilhas” do sistema recursal brasileiro. Esta é uma delas: a do “recurso adesivo condicional”. Basta que se lembre do antes mencionado art. 1.029, § 3º, que desencoraja a jurisprudência defensiva, pois lá se diz que motivos de inadmissibilidade desprovidos de maior gravidade devem ser desconsiderados ou, se for o caso, corrigidos: o mérito do recurso deve ser analisado!

Com o regime criado pelo NCPC, sucintamente descrito acima, pretende-se justamente que aquele processo em que foram cumuladas ações (= causas de pedir) ou em que a defesa tinha vários fundamentos, resolvesse *de vez e amplamente* a controvérsia subjacente àquela ação. *Sem entraves, surpresas, armadilhas. Certamente não são essas as armas corretas contra o excesso de processos ou de recursos.* São expedientes pontuais, paliativos, e todos, a bem da verdade, com certo ranço de inconstitucionalidade.

Outra preocupação que esteve presente durante os trabalhos da comissão, nomeada pelo Senado, para se ocupar do projeto de lei para um novo CPC e dos demais grupos de juristas que se ocuparam de aprimorar o

projeto, foi a de criar condições para que a *jurisprudência* seja mais *uniforme* e, conseqüentemente, tenha mais *força e autoridade, cultural e socialmente reconhecida*.¹⁷

Somos um país de *civil law*. Portanto, se, de um lado, como regra, decisões judiciais não determinam o modo como os demais juízes devam decidir, de outro lado, é natural que a jurisprudência dos Tribunais Superiores oriente as dos demais tribunais do país e as de juízes de primeiro grau. Não deveria ser necessário que se criassem hipóteses de vinculação, no sentido mais rigoroso do termo, já que a função do STF, julgando recursos extraordinários é *dizer o que a Constituição Federal diz*; e a função do STJ, ao julgar recursos especiais, dá a *interpretação “oficial” da lei federal*, que deve prevalecer.

Por isso o NCPC “incentiva”, por meio de muitos dispositivos, que se *prestigie* a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Exemplo de dispositivo que consagra esta intenção é o art. 1.040, §§ 1º e 2º. Caso haja tese firmada, em julgamento de recurso representativo da controvérsia, contrária a pleito feito valer por meio de ação que ainda esteja no 1º grau de jurisdição, a parte poderá desistir da ação, ficando isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência se a desistência ocorrer

17 Na sistemática processual vigente já se identificavam esforços nesse sentido de valorizar a jurisprudência e buscar a observância aos precedentes jurisprudenciais, como, por exemplo, os incidentes de uniformização de jurisprudência previstos nos arts. 476 e 555, § 1º do CPC/73, o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC/73, e, em especial, a súmula vinculante, criada pela EC 45/2004, que acrescentou o art. 103-C à CF/1988 (cf. Teresa Arruda Alvim Wambier. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, vol. 893/2010, p. 33-45, mar./2010; também publicado na coletânea *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 1, p. 1347-1359, out./2010; Luiz Rodrigues Wambier et. al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 113 e ss. e 333-338; Teresa Arruda Alvim Wambier e Maria Lúcia Lins Conceição de Medeiros, Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, vol. 191/2011, p. 187-197, jan./2011; também publicado na coletânea *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 7, p. 987-997, out./2011).

antes do oferecimento da contestação.¹⁸ Esta possibilidade evita que se chegue ao fim um processo, cujo resultado é previsível.

A percepção que a sociedade tem do fato de haver jurisprudência divergente sobre casos idênticos e sobre as mudanças bruscas de entendimento dos tribunais superiores, que é extremamente negativa, levou a que se criassem no novo CPC três hipóteses em que precedentes, proferidos em situações especiais, são vinculantes no sentido forte, ou seja, comportam reclamação (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Recurso Especial e Recurso Extraordinário repetitivos, e assunção de competência). A opção do legislador visa a: (i) corrigir a inconstitucionalidade consistente na indisfarçável ofensa à segurança jurídica, à isonomia (ii) imprimir maior racionalidade à atividade do Judiciário.

Qualquer inconstitucionalidade que possa ser vislumbrada no fato de haver esta espécie de vinculação de decisão do próprio Judiciário, com certeza é marcadamente menos grave do que a acima apontada sob (i). É uma questão, portanto, de ponderação.

As hipóteses de embargos de divergência foram bastante ampliadas, e no art. 1.043 do NCPC deu-se ênfase ao requisito de cabimento deste recurso, que se liga à sua razão de ser: haver *divergências de entendimento quanto a teses jurídicas, dentro de um mesmo Tribunal Superior*. Pouco importa, portanto, o “veículo”, assim como não interessa se as decisões colocadas lado a lado são relativas ao juízo de admissibilidade ou ao juízo de mérito do recurso: o que interessa é que em ambas, tenham-se adotado *entendimentos diferentes a respeito da mesma tese jurídica*. Segundo este dispositivo, podem-se contrastar decisões também caso uma delas tenha sido proferida

em ação de competência originária e a outra, em julgamento de recurso.

Como se sabe, os embargos de divergência são recurso cujo objetivo é promover a uniformização da jurisprudência de Tribunais Superiores *interna corporis*. Trata-se, portanto, de um recurso que reforça o sentido e a razão de ser dos Tribunais Superiores: eles só são *legítimos*, se cumprem sua função, que não é cumprida adequadamente se eles se transformarem em tribunais de dissidências *internas*. Logo, é recurso que deve ser visto com bons olhos pelos tribunais, até porque tem como “efeito colateral” evitar a interposição de muitos outros recursos.

O CPC de 73 contém dispositivo que sofreu alterações nas últimas reformas pelas quais passou o CPC em vigor. No novo Código, as normas que hoje estão no art. 557 do CPC/73, dispositivo em que ainda se faz alusão ao vago critério da *jurisprudência dominante*, estão no art. 932 do NCPC. Neste dispositivo, se cuida de distinguir *negar seguimento* (art. 932, III) de *negar provimento* (art. 932, IV) separando-se adequadamente o juízo de mérito dos recursos.

E o critério, capaz de gerar tantos problemas, consistente na *jurisprudência dominante* foi substituído por *súmula* (do STF, do STJ ou do próprio tribunal); acórdão proferido pelo STJ e pelo STF em julgamento de *recursos repetitivos* ou em *assunção de competência*.

O art. 932 do NCPC se encontra inserido no capítulo que diz respeito à ordem dos processos no Tribunal.

Esta circunstância indica com veemência tratar-se de dispositivo que se aplica a qualquer recurso. Para o leitor mais experiente, tem sentido a observação, já que a versão originária do art. 557 do CPC/73 dizia respeito exclusivamente ao recurso de agravo.

Ao mesmo tempo, os dispositivos antes mencionados privilegiam a celeridade processual e, na medida em que a jurisprudência sumulada (ainda que de súmula vinculante não

18 “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...) § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência. (...)”.

se trate) pode efetivamente desestimular o ato de recorrer. Com isso, pretendemos significar que a inexorabilidade da permanência da decisão daquele teor, apesar da interposição do recurso, tende a desestimular seu uso.

Não houve drástica supressão de recursos. Desapareceram apenas os embargos infringentes e o agravo retido.

O agravo retido desapareceu, e, correlatamente, alterou-se o regime de preclusões no primeiro grau de jurisdição. Trata-se de recurso cuja principal função é de obstar a preclusão e que embora tenha prazo para ser interposto, só é julgado como preliminar de apelação, se e quando houver apelação a ser julgada. Portanto, de rigor, a alteração que houve não é relevante: no novo regime, estas questões *também serão decididas quando do julgamento da apelação*. Ficou mais confortável, isto sim, a situação da parte, que não precisa recorrer. E tem hoje, como terá à luz do novo Código, que esperar até o momento do julgamento da apelação, para ver estas questões decididas pelo Tribunal (preclusão).

Como se disse, os embargos infringentes também desapareceram. O dever que se criou, para aquele que vota vencido, no sentido de declarar seu voto, foi o contraponto.

Não foi, como poderia parecer ao intérprete mais açodado, o art. 942 do NCPC que cria uma hipótese de ampliação da colegialidade.

Explicamos a seguir os porquês.

O voto vencido, que deve ser necessariamente declarado, será considerado parte do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento (art. 941, § 3º, do NCPC).

Os elementos que interessam ao recorrente, para lograr seja admitido o recurso especial e, em certos casos, até o extraordinário, às vezes estão justamente no voto vencido.

No sistema de 73, como se sabe, mesmo que não haja unanimidade na votação quando do julgamento da apelação, *nem sempre são interponíveis os embargos infringentes*.

Para que o acórdão que julga a apelação seja impugnável por embargos infringentes é necessário que se tenha dado provimento ao recurso. Diz a lei: “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito”.

Isto significa, assim, que sendo o acórdão no mesmo sentido que a sentença, ainda que o julgamento da apelação não seja fruto de unanimidade, fica-se sem a possibilidade de embargar infringentemente. E não se tem como fazer constar do acórdão, por exemplo, eventual prequestionamento que conste do voto vencido ou, ainda, descrição dos fatos que permita que se perceba que, no acórdão, aplicou-se à situação fática subjacente à demanda dispositivo legal diferente daquele que foi aplicado.

Os embargos infringentes, mesmo quando não proporcionam ao recorrente a alteração da decisão impugnada, fazem com que o voto vencido de certo modo “apareça” na versão final do acórdão, ampliando a viabilidade da interposição e do provimento de recurso especial.

Este objetivo fica plenamente atendido com o dever, que o NCPC prevê, no sentido de que se declare o voto vencido e com a regra de que este voto há de ser considerado parte do acórdão, inclusive para efeito de prequestionamento.¹⁹

Veja-se que, no sistema de 73, nos casos em que a lei considera incabíveis os embargos infringentes, a parte fica privada do recurso o que significa que (a) a decisão não pode ser alterada por esta via (b) nem mesmo constarão do acórdão elementos suficientes para que a parte possa obter a alteração da decisão pela via do recurso especial.

No regime do novo Código, em caso algum fica a parte privada do efeito descrito acima, sob (b).

¹⁹ Hoje, a teor da Súmula n. 320 do STJ, é pacífico o entendimento de que “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Ademais, cedendo ao clamor geral da sociedade, e ao dos operadores do direito em geral, suprime-se um recurso. Com isto, se espera tenha-se dado uma contribuição, ainda que diminuta, a que os processos sejam mais “curtos”, sem prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional. Aliás, é imperioso salientar

que a qualidade da prestação jurisdicional não depende necessariamente da quantidade de recursos cabíveis.

Já o instituto previsto no art. 942 do NCPC pode gerar mudança de rumo do julgamento, o que se aproxima do item (a) acima.

Referência bibliográfica

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

ARRUDA ALVIM, Thereza Celina. *As questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

ATTARDI, Aldo. *Diritto processuale civile*. Milão: Cedam, 1994. vol. I.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CONSOLO, Claudio. *Le tutele*. Bolonha: Cisalpino, 1998, t. I.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., volume III. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milão: Cedam, 1995. vol. I.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. da 25. ed. alemã por F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 14. ed. São Paulo: RT, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, volume III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso em el proceso civil*. Trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, vol. 1. 15. ed. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, vol. 893/2010, p. 33-45, mar./2010; *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 1, p. 1347-1359, out./2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed.. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. Realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau. *Revista de Processo*, vol. 191/2011, p. 187-197, jan./2011; *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 7, p. 987-997, out./2011.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAC LIS, Lionel. Cumulação eventual de pedidos e jurisprudência do STJ. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Coords. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2002.