

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Mestre, Doutor e Livre-docente em direito processual civil pela PUCSP
Professor de direito processual civil na graduação, especialização,
mestrado e doutorado da PUCSP
Advogado em São Paulo

A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil

Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276,
de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006,
e 11.280, de 16-2-2006

volume 2

2ª edição

revista, atualizada e ampliada

2006



**Editora
Saraiva**

15. Considerações iniciais sobre a chamada "súmula impeditiva de recursos" no § 1º do art. 518

Durante todo o processo de gestação do que veio a ser promulgado como Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que consubstanciou a chamada "Reforma do Judiciário", discutiu-se exaustivamente, dentre tantos outros, sobre dois temas. Um deles, o relativo às súmulas vinculantes. Outro, tido por muitos como uma alternativa mais tênue que aquele, o relativo às súmulas impeditivas de recursos.

É importante fixar, desde logo, a idéia de que as chamadas "súmulas vinculantes" e as "súmulas impeditivas de recursos" são, na verdade, as duas faces de uma *mesma* moeda, quando menos, que são institutos com finalidades irremediavelmente complementares. Se, para todos os fins, os efeitos vinculantes de uma decisão de um dado Tribunal querem impedir que sobre uma *mesma* questão jurídica o juízo inferior decida diferentemente, qual seria o sentido de admitir recursos interpostos de decisões que se fundamentam naquelas mesmas súmulas? É esta perspectiva que não pode ser perdida de vista para a escorreita compreensão do disposto no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil.

As súmulas vinculantes para as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a validade, interpretação e a eficácia de normas constitucionais acabaram por ser aprovadas por aquela Emenda. Doravante, elas constam expressamente do art. 103-A e de seus respectivos parágrafos da Constituição Federal. Mesmo as "antigas" súmulas do Supremo Tribunal Federal, isto é, as súmulas editadas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, podem vir a ter efeitos vinculantes, desde que dois terços daquele Tribunal assim decida, autorização que foi dada pelo art. 8º daquela Emenda Constitucional.

Diferentemente, as chamadas "súmulas impeditivas de recursos" não foram aprovadas pelo Congresso Nacional naquela oportunidade, ficando pendentes de discussão em outra Pro-

posta de Emenda à Constituição, que tem o número 358/2005, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

Isto, contudo, não foi e não é óbice para que, com os olhos voltados à legislação processual civil, não se possa perceber, com nitidez, a existência de súmulas ou de decisões dos Tribunais que, se não têm o caráter vinculante a que se refere o art. 103-A da Constituição Federal, desempenham papel bastante semelhante ao que, com a Lei n. 11.276/2006, veio para ser desempenhado pelo § 1º do art. 518.

Com efeito. As “súmulas impeditivas de recursos” são, de certa forma, uma realidade concreta que já freqüenta o nosso Código de Processo Civil. Embora de forma mais tênue, não há como negar que dispositivos como o parágrafo único do art. 120, o § 3º do art. 475, o parágrafo único do art. 481, e, o mais conhecido e discutido destes dispositivos, o art. 557, *caput*, e seu respectivo § 1º-A, representam, em alguma medida, a tal “súmula impeditiva de recursos” e, mais amplamente, uma “jurisprudência predominante impeditiva de recursos ou equivalentes” ou, quando menos, um mecanismo que define, vez por todas, a sua sorte, o seu desfecho, desempenhando, assim, a *mesma finalidade* daquele outro instituto. Se não há, para incidência destes dispositivos, nenhuma pecha de vinculação (jurídica) entre o julgado pelos Tribunais superiores e o que vai ser decidido pelo magistrado *a quo*, nem por isto é de se desconsiderar o enorme peso dialético, persuasivo, que exerce a *jurisprudência* dos Tribunais superiores sobre os inferiores, mesmo quando ainda não sumulada.

Mesmo para quem pretender discordar do entendimento de que os dispositivos do Código de Processo Civil que acabei de colocar em destaque são reflexos das “súmulas impeditivas de recursos” (ou, quando menos, de seus efeitos jurídicos), não há mais, com a aprovação da Lei n. 11.276/2006 e a introdução do novo § 1º ao art. 518, espaço para duvidar de que o instituto passou a ser expressamente agasalhado pelo nosso Código de Processo Civil, independentemente da sorte que aquela temática terá no plano constitucional.

Esta forma de introduzir, no plano infraconstitucional, ideias e temas que, por uma ou por outra razão que não me cabe apurar, e sequer listar aqui, não chegou ao patamar constitucional, é bastante comum entre nós. Lamentavelmente. Assustadoramente. Já ao longo da década de 1990, uma parcela da nossa doutrina capturou o fenômeno, tangenciando o mesmo tema das súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos nas sucessivas modificações experimentadas nos poderes do relator desde o art. 38 da Lei n. 8.038/1990 até a forma atual do art. 557 do Código de Processo Civil, com as alterações promovidas, no particular, pela Lei n. 9.756/1998. O que acaba de se passar com o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil não é diverso. Muito pelo contrário.

As colocações que acabei de fazer poderiam me levar para bem longe dos trilhos que escolhi para percorrer no desenvolvimento deste trabalho. Poderia, daqui em diante e por um bom número de páginas, listar e enfrentar argumentos favoráveis ou contrários aos polêmicos temas da súmula vinculante ou, o que me interessa mais de perto, da súmula impeditiva de recursos. Não é este, contudo, o meu intuito nesta sede. Aqui, a exemplo de diversos outros pontos de estrangulamento da matéria, meu objeto é o de expô-la, oferecendo, para o operador do direito, soluções para alguns problemas que, com certeza, serão postos perante aquele que milita no foro.

16. Uma proposta de “interpretação conforme” da “súmula impeditiva de recursos”

Sem prejuízo das considerações que acabei de lançar, e sem pretender, nesta sede, discutir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, reputo fundamental destacar que a sua constitucionalidade plena só pode ser alcançada, estou convencido disto, na exata medida em que, *antes da fixação das súmulas que darão azo à aplicação do dispositivo*, houver um amplo debate da comunidade jurídica organizada sobre o acerto e sobre o desa-

certo das mais variadas matérias que vêm sendo discutidas no âmbito dos Tribunais superiores, em especial, já que trato de direito processual civil, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, têm plena aplicação as considerações que lanço a propósito da (melhor) interpretação do *caput* do art. 285-A, inovação trazida ao Código de Processo Civil pela Lei n. 11.277/2006, promulgada e publicada nos mesmos dias que a Lei n. 11.276/2006 (*v.*, em especial, o n. 2 do Capítulo 2). Naquela sede, trato da figura do *amicus curiae*, ainda pouco conhecida do público do processo civil em geral, mas que tem condições, acredito eu, de realizar um adequado, necessário e suficiente “contraditório presumido” ou, como prefiro, “instituições jurisprudenciais que definirão a sorte dos recursos interpostos das sentenças que os apliquem concretamente.

Assim, a plena constitucionalidade do § 1º do art. 518 (e, por identidade de motivos, do art. 285-A) depende muito mais da *forma* de sua aplicação, levando-se em consideração, necessariamente, o modo pelo qual o Tribunal Superior sumulou dado entendimento, do que, propriamente, de seu conteúdo. Ou para dizer mais ou menos o mesmo mas com palavras e com ordem bem diversas: o § 1º do art. 518 não tem por que ser considerado inconstitucional na exata medida em que sua aplicação diuturna observe, sempre, um prévio e exaustivo contraditório acerca das questões sumuladas pelos Tribunais superiores e que os leve à edição das Súmulas respectivas. Ele tem tudo para ser entendido como regra de *racionalização* de julgamentos, criando condições objetivas de sua uniformização, providência inafastável à luz do princípio da isonomia.

Para aplicação da regra de forma a minimizar ou, até mesmo, esgotar qualquer discussão quanto à sua constitucionalidade faz-se, portanto, necessária a ampliação deste contraditório; é dizer, faz-se urgente repensar a forma pela qual os “paradigmas jurisprudenciais” são fixados para valer indistintamente perante todos. Este, aliás, é um dos temas para os quais a nossa doutri-

na não pode mais, simplesmente, fechar os olhos, como se desconhecesse a evolução do direito positivo brasileiro. As escolhas políticas sobre esses delicados assuntos têm sido feitas. É mais que hora para a nossa doutrina buscar soluções para sua melhor vivência no dia-a-dia do foro, quiçá, *processualizando* ampla e abertamente a *forma* pela qual as súmulas dos Tribunais Superiores ou de segundo grau de jurisdição (que tenham, ou não, efeito vinculante) sejam editadas, revistas ou canceladas. Tudo com vistas a franquear a irrecusável *participação* na produção daqueles enunciados, dada a função que eles têm — e isto é assim, com os olhos voltados à lei processual civil, há mais de dezesseis anos — na própria prática processual.

De qualquer sorte, não há como olvidar que na exata medida em que é facultado à parte prejudicada pela aplicação do § 1º do art. 518 questionar amplamente a sua incidência (*v. n. 19, infra*), qualquer crítica à inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa ao contraditório ou ao devido processo legal deve ser bastante relativizada. É que há espaço de sobra para se entender que, em casos de aplicação daquela regra, o legislador optou pelo *prevalhecimento* momentâneo de outros princípios constitucionais —, outros valores componentes do modelo constitucional do processo civil, portanto —, tratando, apenas e tão-somente, de *diferir*, para um segundo momento, a incidência daqueles outros já destacados. Ao tema volto-me no n. 2 do Capítulo 2, quando dos comentários ao art. 285-A. Desenvolvi esta mesma questão no texto que, nesta 2ª edição, passa a compor o apêndice doutrinário.

Excetuadas as questões acima discutidas, o não-recebimento do recurso diante do comando do § 1º do art. 518 exige, do magistrado, alguma prática diferente daquela a que estamos, todos, habituados?

A minha resposta é negativa. Faz-se suficiente que o contraditório “presumido”, o contraditório “institucional”, o *amicus curiae*, tenha se dado perante os Tribunais superiores para a fixação, naquela sede, das Súmulas, razão pela qual, no que interessa aos presentes comentários, nega-se trânsito ao recurso

interposto. No particular, destarte, o juízo perante o qual se interpõe o recurso limita-se a analisar se estão presentes todos os seus pressupostos de admissibilidade, recebendo-o no caso positivo e não o recebendo no caso negativo. Naquelas hipóteses em que a sentença tiver por fundamento súmula de um daqueles dois Tribunais, o recurso não será admitido. É sobre isto que se voltam os números seguintes.

17. O não-recebimento do recurso de apelação

A regra do § 1º do art. 518 deve ser entendida — afastada, para fins de exposição, e não obstante as considerações que ocuparam os números anteriores, qualquer crítica quanto à sua constitucionalidade — como parte integrante do *juízo de admissibilidade* dos recursos cíveis. É dizer: além de o recurso observar as regras relativas ao cabimento, legitimidade, interesse, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e preparo, deverá também ser interposto de sentença que não tenha como fundamento súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Isto significa dizer, contudo, que o juiz, ao aplicar o § 1º do art. 518, está obrigado a não receber a apelação, isto é, a proferir, sempre e em qualquer caso, juízo de admissibilidade *negativo* do recurso de apelação interposto da sentença que se fundamenta em súmula dos Tribunais superiores?

Não obstante a peremptoriedade do texto legal, não me parece que o juízo, diante do fato objetivo de ter proferido sentença com base em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deve rejeitar, sempre e em qualquer caso, o recurso. O melhor é permitir, consoante o caso concreto, que o recurso seja enviado à superior instância. E quais são estes casos? Penso que o trânsito do recurso deve ser admitido quando o recorrente trazer alguma (nova) razão que sensibilize, suficientemente, o julgador que aplicou a súmula. Ou pelas peculiaridades fáticas do caso ou, até mesmo, pela

forma de abordagem da questão jurídica, reputo indispensável que se criem condições para que se dê esta possibilidade de abertura de uma renovada discussão do caso, o que, em última análise, será responsável para manter vivo o debate da questão jurídica, afastando-se, com isto, uma das maiores críticas à adoção das súmulas impeditivas de recurso, que é o "engessamento" do Judiciário, em especial das instâncias inferiores.

Ademais, nem sempre o único fundamento da sentença recorrida será a aplicação concreta de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Nestes casos, em que a sentença apóia-se em outros fundamentos, que vão além da súmula daqueles Tribunais, não há espaço para negar trânsito ao recurso de apelação, desde que este outro *fundamento* seja objeto de impugnação. Nem que seja para receber o recurso parcialmente, isto é, para viabilizar, perante a instância recursal, a revisão do outro fundamento em que se baseia a sentença, pertença ou não, este outro fundamento, ao mesmo capítulo ou a capítulo diverso, em que se dá a aplicação da súmula.

Uma situação, por exemplo, seria recusar trânsito a recurso de apelação interposto de sentença que julga ação improcedente em virtude do já decidido e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Outra, bem diferente, seria negar trânsito a este mesmo recurso porque se pretende, independentemente do questionamento da incidência da súmula na espécie, reformar a sentença quando arbitra honorários de advogado em 20% sobre o valor da causa ou porque impõe, diante da existência da súmula, pena ao autor por entendê-lo litigante de má-fé. Para estas questões, o apelo deverá ser recebido, desde que, evidentemente, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade. O § 1º do art. 518, contudo, não pode ser utilizado como óbice ao seu trânsito.

Haverá aqueles que sustentarão que o § 1º do art. 518 não deve ser entendido, ao contrário do que escrevi neste número, como parte integrante do juízo de admissibilidade do recurso. Que, diferentemente, o mecanismo integra o juízo de mérito

recursal. Que a nova lei está a criar um caso de improvemento *prima facie* do recurso diante do fundamento empregado pela sentença, a exemplo, até mesmo, com o que se dá com o art. 285-A (*v.* Capítulo 2 destes Comentários). A observação é bastante pertinente e, com sinceridade, não nego que este “improvemento *prima facie*” seja o resultado imediato e perceptível do funcionamento e da aplicação do novo dispositivo legal. Isto, contudo, não faz com que ele integre o juízo de mérito do recurso.

Preferível, até como forma de manter o mais íntegro possível o sistema processual civil, entender que a baixíssima (ou nula) probabilidade de êxito no recurso é caso de sua *inadmissão* e não de seu *improvemento*. A uma, porque disto caberá recurso para contrastar o não-recebimento do recurso (*v.* n. 19, *infra*). A duas, porque a constitucionalidade do dispositivo, caso se entendesse que ele dá ao juízo prolator da decisão recorrida competência para julgar o recurso dela interposto, esbarraria, às claras, no modelo constitucional do processo civil. A três, para quem gosta de interpretações presas à letra da lei, porque é a própria Lei que se refere ao *não-recebimento* do recurso (juízo de admissibilidade), coisa bem diferente de *juízo de julgamento* do recurso (juízo de mérito).

17.1 A oitiva do apelado para aplicação do § 1º do art. 518

Uma outra questão que me parece bastante pertinente sobre o não-recebimento da apelação, por força do que dispõe o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, diz respeito à necessidade de o magistrado ouvir, previamente, o apelado, ou não. É perguntar de forma bem direta: pode o juiz rejeitar liminarmente o recurso de apelação quando interposto de sentença proferida em conformidade com súmula dos Tribunais superiores?

Minha resposta é positiva, tanto quanto o juiz já pode, mesmo sem a Lei n. 11.276/2006, não receber liminarmente nenhum recurso manifestamente incabível por não preencher os regulares pressupostos de admissibilidade. A oitiva do apelado, isto é, a colheita de suas contra-razões, não é condição

para o não-recebimento do recurso de apelação pelo não-preenchimento de quaisquer de seus pressupostos de admissibilidade, inclusive o relativo à "súmula impeditiva de recursos".

Até porque a regra do § 1º do art. 518 não alterou o procedimento de recebimento do recurso perante o órgão de interposição, limitando-se a acrescentar um novo item, um novo pressuposto de admissibilidade do recurso. Não há, assim, como recusar, talvez em função da opção política deste novo pressuposto de admissibilidade do recurso, o que o sistema processual civil revela com toda transparência: a matéria relativa ao recebimento dos recursos, toda ela, é de ordem pública e o juízo não depende, para se pronunciar sobre ela, da ouvida da parte contrária e, menos ainda, de sua iniciativa neste sentido. O § 2º do art. 518 não deve ser interpretado em dissonância com este entendimento, embora sua redação sugira compreensão contrária (*v. n. 20, infra*).

As conclusões a que cheguei neste item não devem ser entendidas fora de seu contexto, qual seja, o da desnecessidade do estabelecimento do contraditório com relação ao exercício de juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, pouco importa, do recurso de apelação. A oitiva do apelado é desnecessária para esta finalidade. Isto não quer dizer, no entanto, que não me agrada a idéia, mais ainda no início de vivência com a nova regra do § 1º do art. 518, de o juiz, mesmo se defrontado com apelação dirigida a sentença sua proferida em conformidade com súmula de Tribunal Superior, ouvir o apelado a respeito do recurso do apelante, até como forma de visualizar, com maior clareza, a incidência, ou não, do novel dispositivo na espécie. Há, como busco demonstrar ao longo destes comentários, variadas situações em que se deve recusar aplicação imediata, cega, ao dispositivo em destaque.

17.2 O não-recebimento de outros recursos que não o de apelação

Questão pertinente, mormente a partir das considerações que desenvolvi no número anterior, é a relativa à aplicação do

§ 1º do art. 518 a outros recursos que não o de apelação, único que é mencionado expressamente no dispositivo.

A resposta é, no meu sentir, positiva. Aqui também, não obstante a sua localização no Código de Processo Civil (v. ns. 12 e 17, *supra*), não vejo razão para não entender o dispositivo, em especial os seus dois parágrafos, como pertencente à "teoria geral dos recursos" e não tão-só como uma regra característica, exclusiva da apelação.

Faço uma ressalva na conclusão a que cheguei. A aplicabilidade do § 1º do art. 518 a outros recursos que não o de apelação tem tudo para ser em escala bem reduzida porque, pela própria dinâmica de seu processamento, grande parte destes outros recursos já é interposta diretamente perante os Tribunais e, desta forma, a atuação do relator, com base no art. 557 e no seu respectivo § 1º-A, tem tudo para alcançar o mesmo desiderato que o dispositivo em referência. E com uma vantagem bastante sensível, digna de nota: já não se tratará, propriamente, de exercer mero juízo *negativo* de admissibilidade do recurso. Mas, bem diferentemente, superado o juízo de *admissibilidade*, proferir decisão de mérito afinada desde logo com as súmulas dos Tribunais Superiores, provendo ou improvendo o recurso. A hipótese do agravo de instrumento é digna de destaque diante da expressa remissão que o inciso I do art. 527 faz ao mencionado art. 557.

A respeito do assunto, cabe uma reflexão quanto aos recursos especiais e extraordinários. Eles são interpostos perante os Tribunais locais cujo Presidente tem competência para processá-los e admiti-los. Seria de admitir, nestes casos, a incidência do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil?

Minha resposta é positiva: recurso especial e extraordinário interposto contra *acórdão* fundado em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça pode e *deve* ter trânsito negado na origem, inclusive, se for o caso, liminarmente, na forma como escrevi no n. 17.1, *supra*, isto é, independentemente da oitiva do recorrido. Eventual crítica que se possa ter com relação à decisão de indeferimento pela aplicação,

na hipótese, do entendimento sumulado no âmbito dos Tribunais superiores poderá ser feita mediante o recurso de agravo de instrumento de que trata o art. 544 do Código de Processo Civil, o que, quero crer, afasta qualquer pecha de inconstitucionalidade deste entendimento. É dizer, não estará o Presidente do Tribunal *a quo usurpando* a competência dada pela Constituição do Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para julgar aqueles recursos, na exata medida em que o Presidente do Tribunal não julgará nenhum recurso. Ele, apenas, os receberá porque preenchem os pressupostos de admissibilidade ou deixará de recebê-los na hipótese inversa, levando em conta, para todos os fins do juízo de admissibilidade, a diretriz do § 1º do art. 518. Esta diretriz, de resto, é bem sedimentada na jurisprudência daqueles Tribunais, como fazem prova as Súmulas 286, do Supremo Tribunal Federal, e 83, do Superior Tribunal de Justiça.

18. Conformidade com súmula do STJ ou do STF

Que o § 1º do art. 518 reclama, para sua incidência, a existência de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, não há como negar. Mas é possível aplicá-lo no caso de não haver, no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, matéria sumulada?

A resposta que me parece a mais correta é a negativa. Melhor, ao menos para estes primeiros tempos de compreensão e aplicação do § 1º do art. 518, adotarmos, todos, uma interpretação mais restritiva do dispositivo. O legislador referiu-se expressamente a “súmulas”, deixando de fazer menção a “jurisprudência dominante” ou expressões similares como o fez, por exemplo, o *caput* do art. 557. Esta distinção deve, para o caso, ser respeitada. Até porque, enquanto a súmula é um dado de imediata e objetiva percepção, porque é identificada como tal pelo próprio Tribunal que a expede, idêntica sorte não se dá com a “jurisprudência dominante”, que nem sempre é tão clara de ser identificada e compreendida como tal, mesmo no âmbi-

to dos Tribunais superiores, em que o número do proferimento de decisões monocráticas intensifica-se a cada dia.

Nesta mesma linha de indagações, uma outra questão pertinente diz respeito à aplicação do dispositivo diante da existência de súmulas dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais.

Assim, por exemplo, uma sentença é proferida com fundamente na súmula editada por um dado Tribunal de segundo grau de jurisdição. Pode o juízo deixar de receber o recurso de apelação dela interposto com base no § 1º do art. 518? A minha resposta é negativa. O que pode ocorrer, na espécie, é que o relator, já no âmbito do Tribunal e pressupondo, por isto mesmo, que o apelo tenha sido recebido e tenha tido regular processamento, julgue-o monocraticamente nos termos do art. 557, *caput*, que expressamente admite a hipótese. Desta decisão singular cabe o agravo “interno” previsto no § 1º do mesmo dispositivo.

Diferentemente se passa com o reexame necessário, mas, aqui, por força de expressa opção política do legislador. É o § 3º do art. 475, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001, que excepciona o reexame necessário quando “a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”. O emprego, pelo legislador, de iniciais minúsculas para descrever o editor da “*súmula* impeditiva do reexame necessário” sempre me pareceu comportar interpretação no sentido de que se trata de súmula de *qualquer* órgão colegiado, mesmo o “competente” para apreciação da matéria em segundo grau de jurisdição e, por isto, não apenas súmula dos Tribunais Superiores (com iniciais maiúsculas), a denotar o Supremo Tribunal ou o Superior Tribunal de Justiça.

Por identidade de razões ao que escrevi anteriormente, não há como, no âmbito dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, aplicar o art. 518, § 1º, estribado em “jurisprudência dominante”. Aqui também não há nada, no art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispense o reexame necessário nestes casos. A “jurisprudência” que dispensa o reexame necessário é

só a do Plenário do Supremo Tribunal Federal e não a dos demais tribunais superiores, aí incluídos o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segundo grau de jurisdição.

19. A inadmissão do recurso e as atitudes a serem tomadas pelo recorrente

Em se admitindo, para todos os fins, a aplicação do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, surge outra série de dificuldades. O apelante pode apresentar, diante do não-recebimento de seu apelo, novo recurso contra esta decisão?

A resposta é positiva. Da decisão que aplica o precitado dispositivo legal cabe recurso de agravo de instrumento, situação que se amolda com perfeição ao *caput* do art. 522 do Código de Processo Civil, na redação que lhe deu a Lei n. 11.187/2005, não obstante a revogação, pelo art. 3º deste diploma legislativo, do § 4º do art. 523 do Código de Processo Civil. Sobre o assunto, *v.*, em especial, o n. 6 do Capítulo único da Parte II do volume 1.

Esta conclusão, que me parece inarredável, tem tudo para ser criticada pela razão de ser da introdução do § 1º do art. 518. É que a corrente defensora da “súmula impeditiva de recursos” sustenta que o mecanismo acarretará uma sensível redução no número de recursos e, conseqüentemente, aliviará, em alguma medida, a enorme e notória sobrecarga de trabalho dos Tribunais brasileiros. Se, no entanto, admitir-se o cabimento do agravo de instrumento para contrastar a decisão de não-recebimento do recurso, esta finalidade da Lei estará fadada a cair por terra. Ela significará, no máximo, a substituição de uma apelação por um agravo de instrumento.

Que, analisada a questão desta perspectiva, a tão desejada redução do número de recursos deixa de ser algo palpável, não há por que duvidar. No entanto, o que não pode ser desconsiderado, para a correta compreensão das modificações mais recentes do Código de Processo Civil, é que nem sempre a lei pode fazer, por si só e da noite para o dia — e uma *vacatio*

legis de 90 dias ou de 6 meses é, para esta finalidade, “da noite para o dia” —, todas as escolhas que lhe parecem ser as mais adequadas. Ainda prevalece, entre nós, o princípio da recorribilidade plena das interlocutórias. Aqui, até mesmo por expressão dicção legislativa (o *caput* do art. 522 do Código de Processo Civil) e, portanto, sem necessidade de recorrer à argumentação que desenvolvi no n. 4 do Capítulo único da Parte II do volume 1, não há como recusar o agravo na modalidade de instrumento como resposta *imediate* do jurisdicionado à aplicação concreta do § 1º do art. 518.

Ademais, o agravo de instrumento, é importante frisar este ponto, não se volta a criticar a súmula do Tribunal superior mas, bem diferentemente, volta-se a questionar as razões de incidência do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil na espécie. Assim, por exemplo, para questionar a constitucionalidade do dispositivo, na especificidade do caso concreto, a afastar, por si só, a incidência da súmula, sem esquecer, evidentemente, da crítica que poderá ser feita ao entendimento do magistrado sentenciante sobre a *interpretação* da súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, não há espaço para afastar a pertinência do agravo de instrumento, nem mesmo pelo art. 527, I, e pelo *caput* do art. 557, que autorizam o relator a negar-lhe seguimento monocraticamente quando a decisão estiver fundamentada em súmulas. Não é, repito, para questionar a súmula e seus fundamentos que se volta o agravo de instrumento. Este será, com certeza, o ou um dos fundamentos do recurso de apelação inadmitido.

Acrescento que uma maior discussão quanto à incidência do art. 518, § 1º, mormente durante o período inicial de sua vigência, é medida salutar e que, mesmo em sede de agravo de instrumento, deve ser amplamente aproveitada. O contraste da decisão que o aplica é condição de boa convivência com a regra. Somente um debate plural sobre as condições de sua incidência nos mais variados casos, escrevi isto de outra forma no n. 16, *supra*, e volto ao assunto, com mais vagar, no n. 2 do Capítulo 2, é que garantirá que o § 1º do art. 518 não venha a

agredir nenhum valor do modelo constitucional do processo civil.

Uma palavra adicional sobre o agravo de instrumento na espécie. Se, pelas razões que acabei de escrever, ele não deve ser indeferido liminarmente (arts. 527, I, e 557 do Código de Processo Civil), porque visa ao destrancamento de recurso interposto contra decisão fundamentada em súmula de Tribunal superior, nem por isto o agravante estará dispensado de apresentar as razões pelas quais não se justificava, no caso concreto, a aplicação do § 1º do art. 518. Muito pelo contrário, é pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso a *dialeticidade*, isto é, que o recurso impugne fundamentadamente a decisão tal qual proferida. Nenhum recurso deve prestar-se a dizer que o recorrente está certo. Esta não é a causa do recurso, mas sua conseqüência. O recurso volta-se à demonstração do desacerto da decisão recorrida. Esta, sim, é sua causa primeira.

Aplicando estas idéias à hipótese em exame, o agravante deverá demonstrar por que não deveria incidir o § 1º do art. 518 no caso. Porque ele é inconstitucional, porque a súmula do Tribunal superior não tem o alcance genérico que a decisão reputou que ela tivesse, porque os fatos do caso concreto replem a incidência daquele enunciado, porque há mais de um fundamento na decisão recorrida, porque não se recorreu do capítulo da sentença que aplica o entendimento sumulado, todas estas e tantas outras questões que se podem conceber são razões que devem ser enfrentadas no agravo necessariamente e isto, vale a pena deixar clara a idéia, sob pena de inadmissão do agravo. Não por causa do § 1º do art. 518 mas, bem diferentemente, porque todo o recurso, para ter cabimento, tem de trazer suas razões fundantes. A regra, proveniente da teoria geral dos recursos, não sofre, na hipótese, nenhuma exceção.

Por fim, cabe escrever que, na exata medida em que se admita a aplicação do mesmo § 1º do art. 518 para a inadmissão de outros recursos (*v.*, a respeito, o que escrevi no n. 17.2, *supra*), caberão, conforme o caso, recursos com vistas ao destrancamento do recurso inadmitido. Assim, para mencionar a si-

tuação a que fiz referência no mesmo n. 17.2, o agravo de instrumento do art. 544 do Código de Processo Civil para os casos de recursos extraordinário e especial.

20. O § 1º do art. 518 e o art. 285-A

O Capítulo 2 deste trabalho é todo voltado ao estudo do art. 285-A do Código de Processo Civil, dispositivo introduzido pela Lei n. 11.277/2006. De acordo com o *caput* do dispositivo, é dado ao juízo de primeiro grau julgar liminarmente ações improcedentes quando a “matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.

No n. 1 daquele Capítulo, desenvolvo a tese de que podem e devem conviver o art. 285-A e o § 1º do art. 518, na medida em que a sentença tiver como fundamento súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Para evitar desnecessária repetição de texto, envio o leitor ao que escrevi naquele local.

21. A retratação do juízo de admissibilidade do recurso

O § 2º do art. 518, introduzido no dispositivo pela Lei n. 11.276/2006, é, basicamente, a reprodução do antigo parágrafo único do dispositivo que, de sua parte, havia sido trazido pela Lei n. 8.950/1994. A novidade fica por conta da inclusão do prazo de cinco dias para que sejam reexaminados os “pressupostos de admissibilidade do recurso”, isto é, a decisão relativa ao seu juízo de admissibilidade positivo.

A preocupação da nova Lei foi a de regular, primeiramente, a novidade relativa ao recebimento do recurso (a súmula impeditiva de recursos, assunto do qual me ocupei nos números 15 a 20, *supra*), deixando para referir-se em seguida à possibilidade de o juízo retratar-se do proferimento de um juízo de admissibilidade positivo. Foi acrescentado, a propósito, o prazo para que o reexame seja efetuado, qual seja, de cinco dias.

Desde logo vem à tona a questão atinente a saber se o juízo, deixando escoar *in albis* o prazo de cinco dias, pode se retratar da decisão relativa ao recebimento do recurso. A resposta é positiva porque, para empregar a nomenclatura usual, a hipótese é de prazo *impróprio*. Seu descumprimento, pelo magistrado, não o inibe da prática do ato. Não há, pelo menos em casos como estes, preclusão para o juiz, a chamada "preclusão *pro iudicato*". Assim, mesmo que passados mais de cinco dias da apresentação das contra-razões de recurso, pode o magistrado reexaminar o juízo de admissibilidade que anteriormente externara, modificando-o consoante o caso.

Mas, alguém poderá perguntar, se o descumprimento de prazos para o juiz não tem nenhuma relevância para o processo, por que fixá-los? A resposta, para os fins do presente trabalho, é uma só, mesmo que possa não contentar a todos aqueles que militam no foro. Os prazos são fixados para os juízes como indicativos, meros *indicativos* temporais para a prática dos atos que lhes compete; não são preclusivos, diferentemente do que se dá com os prazos das partes. A idéia de economia e racionalidade processuais está neste *indicativo temporal* e não, necessariamente, na sua observância irrestrita. Eventuais conseqüências a serem sentidas pelo magistrado pelo descumprimento de prazos não têm relevância imediata para o processo e para o procedimento. Podem até ter para o próprio magistrado (art. 198 do Código de Processo Civil), mas, vale repetir, não para o processo. Para os fins de um outro trabalho será importante retomar o tema, acentuando a necessidade de os prazos para os juízes serem também devidamente cumpridos não por força de uma "preclusão", mas, bem diferentemente, com vistas ao atingimento de um valor maior, o de celeridade processual também nestes espaços de tempo. Quando menos para que, em casos como aqueles que, hoje, são regulados pelo dispositivo em comento, escoado o prazo legal, os autos subam, de imediato, à superior instância para exame derradeiro do apelo interposto, inclusive no que diz respeito ao seu juízo de admissibilidade.

Embora, à exceção do prazo *impróprio* de cinco dias, o § 2º do art. 518 não contenha regra nova, não me parece desnecessário acentuar que o juízo, recebendo a apelação, pode re-tratar-se de sua decisão independentemente da apresentação das contra-razões ou, ainda, quando elas forem apresentadas a destempo. O juízo de admissibilidade do recurso é, todo ele, matéria de ordem pública pelo que, não obstante os termos empregados pelo legislador, o juízo não fica vinculado a eventual pedido da parte para que reexamine sua anterior decisão de receber um recurso.

O § 2º do art. 518 permite, ademais, que o magistrado altere os *efeitos* com que o recurso foi recebido, o mais importante para o dia-a-dia do foro, o *efeito suspensivo*. Sempre possível (e mais do que isto, verdadeiramente desejável) que o juízo, uma vez recebida a apelação e ouvida a parte contrária, pudesse sopesar sua anterior decisão para retirar o efeito suspensivo anteriormente concedido, admitindo-se, conseqüentemente, a execução provisória do julgado (arts. 475-L, § 1º, e 521 do Código de Processo Civil).

Certo, para enfatizar o que escrevi no penúltimo parágrafo, que a apresentação de contra-razões não é indispensável para que o juízo retrate-se de sua anterior decisão. Mas a apresentação da resposta ao recurso, com pedido expresso de retirada do efeito suspensivo, concedendo-se, neste instante procedimental, a tutela antecipada, é providência mais do que bem-vinda e que denota a combatividade do advogado da parte interessada. É para esta finalidade também que as contra-razões devem ser cuidadosamente elaboradas e apresentadas. Mais ainda quando as regras, mesmo que recém-reformadas, não revelem em seu *texto* a grandeza de seu alcance, que deriva muito mais do sistema como um todo.

Uma questão interessante, e que é nova a respeito do § 2º do art. 518, porque leva em consideração o novo § 1º, é saber se a retratabilidade da decisão relativa ao juízo de admissibilidade aplica-se naqueles casos em que, a despeito da fundamentação de sentença, em súmula dos Tribunais Superiores, tenha

vido o apelo dela interposto recebido sem ressalvas e, por isto mesmo, tenha sido determinada a colheita de contra-razões ao recurso. Pode o apelado, em contra-razões, requerer que o recurso seja rejeitado porque a decisão que o recebeu deveria ter observado o § 1º do art. 518? A resposta só pode ser positiva. Nada há que impeça que o § 1º do art. 518 venha a ser aplicado pelo magistrado somente depois de ouvida a parte contrária, que o alertará que o caso reclamava a incidência daquele dispositivo legal, e, no particular, tenha sido realizado o contraditório com relação àquele instante procedimental.

22. Direito intertemporal

O § 1º do art. 518 inova substancialmente o sistema processual civil e tem aplicação imediata aos processos em curso, tão logo a Lei n. 11.276/2006 entre em vigor, o que se dará no dia 9 de maio de 2006, passados os noventa dias de *vacatio legis* a que se refere o seu art. 3º (v. n. 2, *supra*).

No que consiste esta incidência imediata? Ela significa que, no âmbito do primeiro grau de jurisdição, o magistrado poderá, desde logo, deixar de receber recursos de apelação dirigidos às sentenças fundamentadas em súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal Federal. É indiferente que as sentenças tenham sido proferidas antes ou depois da entrada em vigor da lei e, até mesmo, se o início do prazo recursal se deu antes ou depois do encerramento da *vacatio legis* da Lei n. 11.276/2006. Naqueles casos, em que a apelação dirigida a sentença fundada em súmulas já tiver sido recebida, não vejo como negar aplicação ao dispositivo por ocasião do reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso (§ 2º do art. 518).

A aplicação imediata nos processos que se encontrem, no início da vigência da Lei n. 11.276/2006, aguardando julgamento perante os Tribunais de Justiça ou Regionais Federais, não autorizará, penso eu, o não-recebimento do recurso. A hipótese não é regida pelo § 1º do art. 518, regra dirigida ao juízo de interposição do recurso, mas, bem diferentemente, pelo *caput*

ou pelo § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, situação que não apresenta, na atualidade, nenhuma dificuldade relativa ao direito intertemporal.

De sua parte, o § 2º do art. 518, que não contém regra nova no direito processual civil brasileiro, não tem aptidão de impor nenhum desafio para o tema relativo ao direito intertemporal. Considerando, ademais, ser *impróprio* o prazo que passou a constar dele expressamente, não há maior relevância na sua escorreita observância antes ou depois da entrada em vigor da Lei n. 11.276/2006.

Para quem quiser ser rigoroso com a aplicação da regra, entretanto, não é demais acentuar que ela tem incidência nos processos em curso tão logo a Lei n. 11.276/2006 entre em vigor. Para tanto, basta que o processo encontre-se na fase de apresentação de contra-razões ou, mesmo que ultrapassada esta fase, que os autos ainda não tenham sido enviados à superior instância. Nestes casos — como a regra já autorizava expressamente ao juízo —, é cabível ao magistrado reexaminar os pressupostos de admissibilidade do recurso, negando-lhe seguimento se for o caso, inclusive por força da aplicação do § 1º do art. 518, na forma como aventei anteriormente. Desta decisão caberá o recurso de agravo na modalidade de instrumento (*v. n. 19, supra*).