

© 2015 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas /
Vários autores. – São Paulo: Atlas, 2015.

Vários autores
Bibliografia.
ISBN 978-85-97-00234-8

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Processo civil –
Legislação – Brasil. I. Carmona, Carlos Alberto.

15-06930
CDU-347.9(81)(094.4)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Código de processo civil 347.9(81)(094.4)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

SUMÁRIO

Apresentação vii

- 1 Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC (Ada Pellegrini Grinover), 1
- 2 Ação Monitória (Antonio Carlos Marcato), 23
- 3 A Duração Razoável do Processo na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 março de 2015 (Benedito Cerezzo Pereira Filho), 39
- 4 O Novo Código de Processo Civil e o Juiz Hiperativo (Carlos Alberto Carmona), 61
- 5 Precedentes e Jurisprudência no Novo CPC: Novas Técnicas Decisórias? (Carlos Alberto de Salles), 77
- 6 Precedentes Judiciais Vinculantes à Brasileira no Novo CPC: Aspectos Gerais (Camilo Zufelato), 89
- 7 Breves Considerações em Torno da Disciplina do Direito Intertemporal no CPC de 2015 (Fabio Guidi Tabosa Pessoa), 119
- 8 O Modelo Presidencial Cooperativista e os Poderes e Deveres do Juiz do Novo CPC (Fernando da Fonseca Gajardoni). 135

- 9 Breves Notas Sobre a Disciplina da Ação Rescisória no CPC 2015 (Flávio Luiz Yarshell), 155
- 10 Algumas Considerações sobre Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva (Giovanni Bonato), 171
- 11 Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC – Primeiras Impressões (Heitor Vitor Mendonça Sica), 189
- 12 O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil (José Carlos Baptista Puoli), 231
- 13 Tutela Provisória: Considerações Gerais (José Roberto dos Santos Bedaque), 253
- 14 Contra o Processo Autoritário (José Rogério Cruz e Tucci), 267
- 15 Primeiras Impressões Sobre a Tutela do Executado no Novo CPC (Marcelo José Magalhães Bonizzi), 283
- 16 As Normas Fundamentais do Novo Código de Processo Civil (ou “as Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro?”) (Paulo Eduardo Alves da Silva), 295
- 17 Tutela Provisória e Julgamento Parcial no CPC de 2015: Avanços e Perspectivas (Paulo Henrique dos Santos Lucon), 325
- 18 Anotações Sobre o Sistema Recursal no Novo Código de Processo Civil (Ricardo de Barros Leonel), 343
- 19 O Direito Brasileiro Segue Filiado (Estritamente) à Família Civil Law? (Rodolfo de Camargo Mancuso), 387
- 20 Morte e Vida da Conversão da Ação Individual em Coletiva (Susana Henriques da Costa), 421

APRESENTAÇÃO

Mesmo antes de ser aprovado, o novo Código de Processo Civil já provocava compreensível movimentação nos meios acadêmicos: os eventos – desde palestras e seminários, até congressos e cursos – multiplicaram-se e, compreensivelmente, ganharam ainda maior impulso com a efetiva promulgação da lei. Da mesma forma, agitou-se o mercado editorial com o lançamento de obras que se propõem a comentar as novidades. Nessa área, em particular, foram diversas as iniciativas de obras coletivas; as que mais facilmente conseguem cobrir, em tempo exíguo, a extensa área regulada pela nova lei.

Toda essa movimentação – potencializada num mundo com múltiplos, rápidos e, às vezes, perigosos canais de comunicação – faz pensar sobre o papel que a doutrina atualmente tem na formação, atualização e aperfeiçoamento de quem, por dever de ofício, deve lidar com o processo. Tal movimentação traz à lembrança declarações públicas prestadas por mais de um ministro de tribunal superior, de que não lhes importaria o que dizem os doutrinadores, diante do fato de que eles (ministros) são investidos do poder de dizer o direito; o que, segundo aquele discurso, envolveria um encargo indelegável...

Seria injusto tomar esse pensamento como regra geral. A maioria dos magistrados está aberta a refletir – ainda que para discordar – sobre o que dizem os acadêmicos; até porque há uma plêiade de magistrados que também ostentam tal qualidade, muitos deles com valorosa produção, que não prejudica – pelo contrário, só incrementa – o exercício de sua judicatura. Mas seria ingênuo negar que pensamentos como aquele passem pela cabeça de muitos para os quais, assumida a condição de magistrado, a

ANOTAÇÕES SOBRE O SISTEMA RECURSAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ricardo de Barros Leonel¹

SUMÁRIO: 1 Premissas adotadas pela Comissão encarregada do Anteprojeto de Novo Código; 2 Posicionamento topológico; 3 Mudanças gerais e sistemáticas; 3.1 Contagem dos prazos em dias úteis; 3.2 Extinção da “prematividade recursal”; 3.3 Sucumbência recursal; 3.4 Aplicação dos negócios jurídicos processuais na esfera recursal; 3.5 Possibilidades de correção da falta ou deficiência do preparo; 3.6 Modificação da sistemática e ampliação das hipóteses de sustentação oral; 3.7 Sessão eletrônica de julgamento; 3.8 Voto vencido, declaração e prequestionamento; 3.9 Unificação dos prazos recursais; 4 Mudanças em relação aos recursos em espécie; 4.1 Extinção dos embargos infringentes e técnica da ampliação da composição do colegiado; 4.2 Novidades na apelação; 4.3 Novidades no agravo de instrumento; 4.4 Agravos em recurso especial e extraordinário; 4.5 Embargos de divergência; 4.6 Embargos de declaração; 5 Novidades em relação ao recurso especial e ao extraordinário; 5.1 Competência para o juízo de admissibilidade; 5.2 Desconsideração e correção de vício formal; 5.3 Suspensão de feitos em todo o território nacional; 5.4 Dispensa de medida (ação) cautelar autônoma para a obtenção de efeito suspensivo em recurso especial ou extraordinário; 5.5 Fungibilidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial; 5.6 Presunção de repercussão geral da questão constitucional; 5.7 Repercussão geral: suspensão de todos os processos, não só de recursos; 5.8 Exclusão do sobrestamento na origem; 5.9 Preferência e prazo para julgamento; 5.10 Decisão de afetação; 5.11 Limites da decisão paradigmática; 5.12 Reconsideração do sobrestamento; 5.13 Preferência pelo julgamento do mérito dos recursos de sobreposição; 6 A título de conclusão; Referências.

¹ Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça em São Paulo.

1 Premissas adotadas pela Comissão encarregada do Anteprojeto de Novo Código

Como se sabe, recentemente foi sancionado, transformando-se em lei, o Novo Código de Processo Civil (NCPC – Lei nº 13.105, de 16 de abril de 2015).

A Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, encarregada da elaboração do Anteprojeto de Novo Código assentou, desde o início de seus trabalhos, metas a serem alcançadas como a simplificação do sistema processual, a busca da celeridade na tramitação dos feitos, bem como, nesse contexto, a redução do número de recursos.²

As modificações inicialmente propostas no Anteprojeto envolviam: a eliminação do agravo retido, estabelecimento da tipificação expressa (em enumeração taxativa) dos casos de agravo de instrumento, previsão de sustentação oral nos casos de agravo de instrumento contra decisões de mérito, eliminação dos embargos infringentes, modificações no processamento dos recursos especial e extraordinário, entre outros.³

A proposta constante originariamente do Anteprojeto sofreu sensíveis alterações ao longo de sua tramitação no Congresso Nacional, sendo legítimo afirmar, não só com relação ao sistema recursal, mas quanto ao texto legal como um todo, que embora o espírito que informou a reforma tenha sido mantido, o resultado final dos trabalhos legislativos é visivelmente distinto da proposta original.

Não nos parece possível afirmar de antemão, portanto – e a crítica vale não só para o sistema recursal, mas para o Novo Código como um todo –, que a edição da nova codificação terá aptidão para solucionar todos os problemas da Justiça e tornar o processo mais célere e eficiente.

Ao contrário, mais que um problema legislativo, os males relacionados ao funcionamento da Justiça e à demora e pouca efetividade do processo estão, de forma evidente e em boa medida, ligados à deficiente estrutura do poder Judiciário, e não só ao texto legal que rege o processo civil brasileiro.

Seja como for, considerando que temos um Novo CPC, e que no início de 2016 ele entrará em vigor, convém conhecer melhor quais as novidades que ele apresenta, procurando da nova sistemática processual extrair o que de melhor ela puder oferecer para a tutela dos direitos daqueles que vão ao Poder Judiciário.

A isso nos propomos nas linhas seguintes.

² Da Exposição de Motivos apresentada pela Comissão de Juristas quando do encaminhamento do texto do Anteprojeto à Presidência do Senado Federal, constou: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado”. (COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília: Senado Federal, Secretaria das Edições Técnicas, 2010, p. 32).

³ Idem, p. 33-34.

Anote-se que não buscamos aqui, examinar de modo exaustivo todos os temas relacionados ao sistema recursal na nova codificação, mas sim propiciar ao leitor uma primeira visão geral e crítica, associando a apresentação das inovações à comparação, na medida do que for útil, com o sistema anterior.

2 Posicionamento topológico

A disciplina dos recursos no Novo CPC se encontra no Livro III da Parte Especial, cuja rubrica refere aos “processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”. A matéria está contida, portanto, no conjunto de dispositivos que vai do art. 994 ao art. 1.044 do Código.

Há algumas disposições, entretanto, que estão fora desse Livro, mas que afetam o funcionamento do sistema recursal, e que, portanto, também devem ser levadas em consideração.

3 Mudanças gerais e sistemáticas

Algumas novidades, por terem alcance geral, merecem desde logo ser assinaladas, sem prejuízo do exame ulterior de alterações que dizem respeito, objetivamente, ao funcionamento dos recursos em espécie.

3.1 Contagem dos prazos em dias úteis

Importante se mostra salientar que doravante, quando se tratar de prazo legal regulado em dias, computar-se-ão apenas os dias úteis (art. 219 do NCPC).

Essa regra, sem equivalente no sistema anterior, mostra-se absolutamente relevante no que se refere ao sistema recursal, na medida em que todos os prazos referentes aos recursos, para interpor e arrazoar, ou para oferecer contrarrazões são contados em dias.

Se antes a intimação de uma decisão em uma quinta-feira, por exemplo, provocava o início do prazo no dia útil subsequente (sexta-feira), tendo o prazo seu curso no final de semana, de forma contínua, doravante os dias sem expediente forense, ou seja, feriados e finais de semana, não serão considerados na contagem.

Isso significa que os referidos prazos serão, na prática, maiores do que o número de dias nominalmente constantes do texto legal.

Deve a norma, em nosso sentir, ser positivamente valorada, visto que assegura, em perspectiva da dignidade da pessoa, que os profissionais do foro não sejam compelidos, por razões evidentes, a trabalhar sempre em dias sem expediente forense, podendo assim, com a inovação, efetivamente dispor de todos os dias do prazo legal.

3.2 Extinção da “prematividade recursal”

Assentou-se nos tribunais superiores, na linha da denominada “jurisprudência defensiva” (compreendida como tendência a exacerbar os requisitos de admissibilidade dos recursos, ou mesmo criar obstáculos não previstos expressamente em lei, para evitar o exame do respectivo mérito e aliviar a carga de trabalhos das Cortes) o entendimento de que o recurso interposto antes da intimação da parte deveria ser considerado intempestivo ou inexistente, na medida em que o direito de recorrer só surge com a intimação da parte a respeito da decisão que lhe causa gravame.

Tal posicionamento rendeu ensejo inclusive à edição da Súmula nº 418 do STJ, pela qual “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Observe-se que embora a Súmula nº 418 se referisse a uma situação específica (recurso especial interposto antes da publicação do acórdão proferido nos embargos de declaração), a essência do raciocínio presente na hipótese era aplicável a outros casos, partindo do pressuposto de que o direito à prática de determinado ato processual (para o que aqui nos interessa a interposição do recurso) só surge após a publicação da decisão, que tem o efeito de intimação das partes.

Por paradoxal que pudesse parecer, era essa a inflexível conclusão de inúmeros julgados que, de modo concreto, consideravam despidos de eficácia ou intempestivos recursos interpostos antes da publicação de determinada decisão.

A única lógica que justificava tal solução era, com a devida vênia, disposição dos tribunais para não admitir recursos, reduzindo, portanto sua carga de trabalho em relação ao exame do mérito das impugnações.

E essa lógica não se apresentava como razoável ou como justificada.

Bastaria dizer que se até mesmo a citação, pressuposto de constituição e desenvolvimento válido da relação processual, poderia ser dispensada pela parte, ao comparecer e se defender mesmo sem ter sido citada,⁴ com maior razão poderia ela tomar ciência da decisão em cartório antes da publicação para fins de intimação, interpondo imediatamente o recurso cabível.

Mais evidente ainda passou a mostrar-se o equívoco daquele entendimento a partir do momento em que foram incrementados os meios eletrônicos de controle e divulgação do andamento dos processos, pois, não raras vezes, as partes passaram a ter acesso ao conteúdo da decisão pela Internet muito tempo antes da sua publicação.

Assim, a parte que optasse por recorrer desde logo, antes mesmo da publicação da decisão com efeito de intimação, nada obstante estivesse a colaborar com a celeridade do processo, era penalizada com a inadmissão do recurso “prematuro”.

Em boa hora, por regra geral, que é aplicável também ao sistema recursal, elimina o NCPC a denominada intempestividade por prematividade do ato processual.

⁴ Cf. art. 214, § 1º do CPC/73, art. 239, § 1º do NCPC/2015, o comparecimento espontâneo do réu supre a

3.3 Sucumbência recursal

Sem equivalente no CPC/73, o art. 85, § 11 do NCPC, ao cuidar da sucumbência, estabelece que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal”, bem como “sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Em outras palavras, a novidade está na adoção da denominada “sucumbência recursal”, embora limitada a possibilidade de majoração dos honorários, somados ao valor já fixado em inferior instância, ao montante máximo previsto na lei, de 20% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º NCPC) com delimitações adicionais nos casos em que sucumbente a Fazenda Pública (art. 85, § 3º NCPC).

O legislador pretendeu, com essa e com outras medidas que serão apontadas ulteriormente, desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios, que envolvem situações em que a parte tem ciência das poucas chances de êxito do seu inconformismo, mas mesmo assim recorre para ganhar tempo.

A assim chamada cultura da “litigiosidade” deve dar lugar a um comportamento ético, mas coerente com a realidade contemporânea, estimulando as partes à busca de soluções consensuais, bem como a conformar-se com resultados desfavoráveis na arena judicial, quando cientes de que há poucas chances de êxito em função de novos recursos ou impugnações.

A previsão da sucumbência recursal torna, ademais, indispensável o aprimoramento na atuação dos profissionais do direito, por exigir por parte destes uma avaliação consciente das chances de êxito de recursos contra decisões desfavoráveis aos respectivos constituintes, sob pena de, sem realizar tal análise, sujeitarem seus clientes a sucessivas derrotas no mesmo feito, e ao conseqüente agravamento do ônus financeiro do processo pela majoração da sucumbência.

É bom ainda lembrar que a versão ao final aprovada pelo Congresso Nacional foi mais suave em relação àquela proposta originariamente pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto apresentado à Presidência do Senado Federal, pois previa este a possibilidade de imposição da sucumbência recursal com observância de teto de 25% do valor da causa.⁵

3.4 Aplicação dos negócios jurídicos processuais na esfera recursal

Rompendo com um dogma por força do qual a ordem pública, imanente ao direito processual, impediria em caráter absoluto que as partes convencionassem

⁵ O art. 73, § 6º do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas tinha a seguinte redação: “Quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitir ou negar, por unanimidade, provimento a recurso interposto contra sentença ou acórdão, a instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia, observando-se o disposto no § 2º e o limite total de vinte e cinco por cento.”

modificações procedimentais aplicáveis ao respectivo caso, prevê o NCPC a possibilidade dos chamados “negócios jurídicos processuais”. Estes refletem a corrente de pensamento que sustenta a flexibilização do procedimento de sorte a adaptá-los às peculiaridades do caso concreto.

A ideia central reside na constatação, para essa corrente doutrinária, de que a adaptação do procedimento às peculiaridades da causa permite melhor gerenciamento do processo e melhores chances de um bom resultado na adjudicação do litígio.⁶

Essa possibilidade está prevista por um lado no contexto das regras a respeito dos poderes e deveres do juiz, estabelecendo o art. 139, VI do NCPC, que incumbe ao juiz “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

Por outro lado, cuidando da disciplina dos atos processuais, estabelece o art. 191 do NCPC que “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.” Ficou ainda estabelecido que “o calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados” (art. 191, § 1º), e que “dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário” (art. 191, § 2º).

Condição para que tais negócios processuais sejam realizados, em conformidade com o art. 190, caput do NCPC, é que o processo verse sobre “direitos que admitam autocomposição”, bem como que as partes sejam “plenamente capazes”. Preenchidos esses requisitos, podem os litigantes, ainda em conformidade com o mesmo dispositivo, “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convenionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Note-se, portanto, que do conjunto dos dispositivos acima, é possível extrair algumas diretrizes que poderão ser adotadas em processos especificamente considerados, podendo as partes: (a) dilatar prazos processuais; (b) alterar a ordem de produção das provas; (c) modificar os ônus processuais; (d) fixar calendário para a prática dos atos processuais, dispensando intimações específicas para cada ato etc.

Pensando na aplicação dessas regras ao sistema recursal, pode-se cogitar de acordos processuais pelos quais as partes ampliem o prazo para interposição de recursos e para oferecimento de contrarrazões, ou mesmo estabeleçam calendário para a apresentação de razões ou contrarrazões que desconsidere o prazo recursal previsto na lei.

Esses acordos parecem, nos termos dos dispositivos antes citados, plenamente plausíveis, desde que não impliquem, evidentemente, reabertura de prazo recursal já esgotado sem que tenha ocorrido a interposição de recurso, eliminando preclusão já consumada, ou mesmo ampliação de prazo recursal já iniciado, mas ainda em curso.

⁶ Nesse sentido, confira-se, por exemplo: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, *passim*; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo:

Esclareça-se de modo mais nítido o ponto.

Não parece viável aceitar que, depois de decorrido “*in albis*” o prazo para a interposição determinado recurso, sem que a parte sucumbente tenha manifestado seu inconformismo, venham os litigantes a convencionar prazo maior, de sorte a eliminar preclusão temporal para interposição do recurso.

Em outros termos, podem convencionar prazo maior para interposição ou contrarrazões antes que o prazo se tenha iniciado ou já decorrido, não depois disso, pois, do contrário, estar-se-ia a interpretar a lei de sorte a render ensejo à prática da fraude processual.

Ainda com amparo na autorização legal para que as partes, de comum acordo, gerenciem o seu caso, nada impediria que convencionassem a suspensão ou interrupção do prazo recursal, para que ele venha, posteriormente, a correr pelo que restar (no primeiro caso) ou por inteiro (no segundo caso), se isso convier ao caso concreto, inclusive tendo presente a perspectiva da eventual solução consensual do conflito.

Anote-se, ademais, que a lei assegura ao juiz o controle, de ofício ou a requerimento das partes, da validade das convenções processuais, recusando sua aplicação em casos de nulidade, inserção abusiva em contratos de adesão, ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes (art. 190, parágrafo único do NCPC).

Essa regra significa que os negócios jurídicos processuais não são indenes a controle jurisdicional, como, ademais, ocorre com qualquer ato jurídico.

3.5 Possibilidades de correção da falta ou deficiência do preparo

Como se sabe, a realização do preparo é um pressuposto recursal extrínseco. A não realização ou a realização deficiente do preparo, quando exigido em lei, torna inadmissível o recurso, impondo o reconhecimento da deserção.⁷

A comprovação do preparo, incluindo o porte de remessa e de retorno, é feita no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção.

O CPC/73 previa, entretanto, que a insuficiência do valor do preparo poderia ser corrigida, se o recorrente, intimado, suprisse a falha, com depósito complementar, no prazo de cinco dias.⁸

A nova disciplina legal é mais leniente relativamente à falha do preparo, demonstrando a clara intenção do legislador no sentido de permitir o suprimento do vício e o exame do mérito do recurso.

Assim, além de ter mantido a possibilidade de complementação do preparo insuficiente, pelo recorrente, no prazo de cinco dias da intimação para tal fim,⁹ o legislador foi além.

⁷ Cf. art. 511 do CPC/73, art. 1.007 do NCPC/2015.

⁸ Art. 511, § 2º do CPC/73.

⁹ Art. 1.007, § 2º NCPC/2015.

A abertura de campo para a correção do vício formal está presente na determinação de que o recorrente seja intimado para realizar o preparo em dobro, através de seu advogado, caso não o tenha comprovado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção.¹⁰ Trata-se de flexibilidade ainda maior concedida pelo legislador, pois não se trata apenas de complementar preparo já comprovado quando da interposição do recurso, mas sim de permitir ao recorrente que não efetuou o pagamento das custas recursais, que o faça, com a sanção de que tal recolhimento deverá ser feito pelo dobro do valor originalmente previsto.

É bem verdade que, em dispositivo subsequente, o legislador impõe limite a essa condescendência em relação ao recorrente desidioso, que não comprovou o preparo ao interpor o recurso, e o faz impedindo a complementação do preparo insuficiente, quando ele teve que ser feito em dobro por não ter sido comprovado no ato de interposição do recurso.¹¹

Isso não elimina, entretanto, o fato de que foi manifesta a adoção de solução que confere ao recorrente, em maior amplitude, a possibilidade de correção do vício formal relativo à falta ou insuficiência do preparo.

É plausível que venha a se cogitar de dúvida quanto à constitucionalidade da previsão do preparo em dobro, com fundamento na argumentação no sentido de que em se tratando de tributo (taxa judicial), a cobrança em dobro exclusivamente em função do atraso estaria a violar a isonomia, nada obstante fosse possível a imposição de multa.

O argumento é respeitável, mas, com a devida vênia, parece pouco convincente. O legislador, em matéria tributária, tem a legítima opção de taxar determinado serviço fixando um valor e, em hipótese de prática de determinado ato em condições distintas (como, no caso examinado, fora do momento próprio), optar tanto pela imposição de multa como por estabelecer um valor diferenciado como contraprestação daquele serviço.

O fator de discriminação (prática do ato em momento distinto ou admissão excepcional da prática postergada do ato) legitima a diversidade do valor a ser recolhido a título de custas recursais.

3.6 Modificação da sistemática e ampliação das hipóteses de sustentação oral

No que se refere à sustentação oral o NCPC traz mudanças importantes. A primeira consiste na ampliação dos casos em que se admite a sustentação oral.

O art. 937 do NCPC apresenta vários incisos que especificam os casos em que a sustentação oral deve ser admitida, o que não ocorria no direito anterior, visto que

¹⁰ Art. 1.007, § 4º, NCPC/2015.

¹¹ Nos termos do art. 1.007, § 5º, “É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive se o recolhimento realizado na forma do § 4º”

o art. 554 do CPC/73 cuidava da sustentação, dela excluindo, entretanto, os casos de julgamento de embargos de declaração e de agravo de instrumento. Deixava margem, assim, para a regulamentação restritiva da matéria nos Regimentos Internos dos Tribunais.

O art. 937, ao contrário, arrola em seus vários incisos os casos em que a sustentação oral, por imperativo legal, será admitida: apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, bem como agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência.

Havia ainda a previsão de cabimento da sustentação oral em agravos internos (contra decisões monocráticas do relator) tirados em apelação, recurso ordinário, recurso especial e recurso extraordinário (art. 937, VII), mas esse dispositivo foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que “a previsão da sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultaria em perda de celeridade processual, princípio norteador do novo Código, provocando sobrecarga nos Tribunais”.

Não há dúvida de que a ampliação – ou ao menos o impedimento à regulamentação regimental restritiva, por ter a lei especificado as hipóteses de admissão – da sustentação oral pode provocar maior demora na tramitação dos recursos, retirando dos Tribunais, nos casos em que as partes pretendem sustentar suas razões oralmente, a possibilidade de julgamento em “bloco” ou em “lista”.

Prestigia-se, entretanto, o contraditório na sua forma mais ampla, inclusive em sede recursal. E essa opção é positiva, pois é de conhecimento geral que os julgamentos em lista ou em bloco, como regra, embora aparentemente colegiados, significam, na prática, julgamentos monocráticos, pois nenhum juiz, salvo o relator, normalmente examina o caso de modo detido.

Em outras palavras, a sustentação oral, associada à apresentação de memoriais aos julgadores, são as diligências dos patronos dos recorrentes que chamam a atenção dos demais julgadores (além do relator) para as peculiaridades do recurso a ser julgado, provocando, frequentemente, mudança do resultado que inicialmente vinha se desenhando.

Observe-se, ademais, que passa a haver expressa previsão quanto à possibilidade de sustentação oral nos agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutórias sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência, que são reguladas nos arts. 294 a 311 do NCPC, dando-se maior amplitude ao contraditório, inclusive em grau de recurso.

Não há como negar, entretanto, partindo da experiência até hoje vivida em relação ao recurso de agravo de instrumento, que a autorização para sustentação oral em tais casos poderá representar verdadeiro entrave à celeridade dos julgamentos.

No sistema do CPC/73, mesmo com as sucessivas reformas operadas no recurso de agravo, buscando torná-lo em regra retido e excepcionalmente por instrumento, não conseguiu o legislador reverter a tendência que dia após dia se confirmou, de serem os recursos de agravo de instrumento os verdadeiros alçozes dos tribunais, que

mais se ocupavam de seu julgamento do que do julgamento de apelações nos mesmos processos.

O NCPC tenta reverter esse quadro ao adotar regime que tipifica, em enumeração taxativa (*numerus clausus*), os casos de cabimento do agravo de instrumento.¹²

Mas dada a extensão do rol de decisões agraváveis, bem como a possibilidade de interposição de agravo contra decisões versando sobre tutela provisória, é bem provável que o agravo continue sendo o recurso mais frequente, e que os tribunais continuem mais se ocupando dele que do julgamento de apelações, estas sim relacionadas ao que há de mais importante no processo, ou seja, ao menos em regra, o julgamento do mérito (excepcionadas do raciocínio as situações de interposição de apelação contra decisões de extinção do feito sem exame do mérito).

Por essas razões é viável concluir, nesta análise inicial, que embora o legislador tenha prestigiado o contraditório ao admitir a sustentação oral nos agravos contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias, nos termos do art. 937, VIII do NCPC, acabou, com tal solução, traindo a diretriz de busca de maior celeridade nos julgamentos.

Nesse ponto, talvez tivesse sido melhor que o texto final fosse fiel à proposta original, pois, ao fim e ao cabo, isso não significaria retrocesso (pois não existe, no sistema do CPC/73, a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento), e com a limitação das decisões agraváveis estar-se-ia a trabalhar pela redução do número de recursos “intermediários”, favorecendo a atuação dos tribunais para o julgamento do mérito dos conflitos nos recursos de apelação.

Outra interessante novidade no campo da sustentação oral é a admissão de que ela seja realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o advogado tenha domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal, bem como tenha sido formulado requerimento, nesse sentido, até o dia anterior ao da realização da sessão de julgamento.¹³

Trata-se, nesse particular, da inevitável incorporação dos meios eletrônicos ao funcionamento dos órgãos judiciais, permitindo o exercício do contraditório pleno por parte do litigante fisicamente ausente, mas, por meio de seu advogado e dos meios de transmissão de sons e imagens, virtualmente presente.

¹² Art. 1.015 do NCPC. Anote-se, nesse ponto, que a redação do Anteprojeto da Comissão de Juristas adotava solução mais radical, que acabou não sendo acolhida no Congresso Nacional. Segundo a proposta original, o agravo de instrumento era verdadeiramente excepcional e só admitido em casos de decisões versando sobre tutelas de urgência ou da evidência, sobre o mérito da causa, proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, ou em outros casos expressamente referidos no próprio texto codificado, eliminando as preclusões sobre decisões interlocutórias não agraváveis (art. 929 do Anteprojeto da Comissão de Juristas). A diretriz foi mantida, mas o rol de decisões agraváveis por força do art. 1.015 do NCPC é mais amplo.

Ocioso dizer que tudo isso dependerá da incorporação, pelos tribunais, dos meios que assegurem a aplicação da norma.

Inegável ainda observar que, ainda que a intenção do legislador tenha sido a melhor, difícil se faz imaginar que a sustentação oral por videoconferência tenha o condão de superar a presença física do patrono na sessão de julgamento.

Afinal, o contato direto (imedição) entre os representantes das partes e os julgadores, ou mesmo a possibilidade, por exemplo, de pronta suscitação de questões de ordem, são peculiaridades da dinâmica do julgamento nos tribunais que dificilmente os mecanismos eletrônicos conseguirão superar, em nossa modesta opinião.

3.7 Sessão eletrônica de julgamento

Aquilo que vinha sendo realizado por alguns tribunais com base em atos normativos internos de duvidosa constitucionalidade e legalidade, na medida em que cabe ao legislador federal legislar sobre direito processual,¹⁴ passa a contar com previsão expressa, nos termos do art. 945, §§ 1º ao 4º do NCPC.

Esse dispositivo, que prevê a sessão eletrônica de julgamento nos tribunais, estabelece sua possibilidade nos casos de recursos ou processos de competência originária em que não seja admitida a sustentação oral.

Nessas situações, as partes serão cientificadas pelo Diário Oficial, por determinação do relator, de que a sessão de julgamento será eletrônica. Podem se opor a esse procedimento, sendo dispensada a apresentação de motivação para tal objeção. Não bastasse isso, se durante o julgamento em sessão eletrônica surgir dissensão entre os julgadores, a sessão se suspende, devendo o feito ser julgado em sessão presencial.

Embora tenha sido disciplinada detalhadamente a matéria, omitiu-se o legislador quanto a um aspecto: não se vislumbra no texto legal a previsão de mecanismo aplicável à sessão eletrônica, por meio do qual as partes tenham acesso ao conteúdo dos votos dos julgadores antes da conclusão do julgamento.

Isso significa que, nos moldes em que regulamentada a matéria, há a possibilidade de relativização do princípio da publicidade do julgamento, que tem assento constitucional,¹⁵ e deve estar presente não só quando da divulgação do resultado do julgamento, mas também durante a sua realização.

Há uma forma de dar, ao referido dispositivo, interpretação conforme a Constituição, afastando qualquer dúvida quanto à sua constitucionalidade. Deve-se interpretá-lo e regulamentá-lo (nos Regimentos Internos dos Tribunais) de modo a assegurar que o julgamento se dê ao longo de determinado prazo, com a disponibilização na Internet, em área pública, acessível a todos (especialmente às partes), do conteúdo do voto do relator e dos demais julgadores, antes da proclamação do resultado.

¹⁴ Cf. art. 22, I da CF.

¹⁵ Arr. 93. IX da CF.

Além disso, é necessário dar-se a possibilidade às partes de, através de petição eletrônica, suscitar questões de ordem. Só assim a publicidade e o contraditório terão sido efetivamente preservados.

Caso esse procedimento não seja assegurado será inevitável reconhecer que o julgamento em sessão eletrônica tangencia o princípio-garantia constitucional da publicidade do julgamento, bem como, nos termos acima expostos, o princípio-garantia do contraditório.

3.8 Voto vencido, declaração e prequestionamento

Em conformidade com o art. 941, § 3º do NCPC, “*O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.*”

Essa regra, inserida no contexto da disciplina dos processos nos tribunais superiores, aplicável, portanto, não só aos recursos, mas também às ações originárias, apresenta sensível importância, notadamente quando se pensa na viabilidade ou não de interposição de recurso especial ou extraordinário contra o acórdão proferido pelo tribunal estadual ou regional federal.

Como se sabe, é assente o entendimento de que o recurso especial e o extraordinário só são cabíveis quando a questão federal ou constitucional suscitada tenha sido objeto de prequestionamento, ou seja, tenha sido examinada pelo julgado recorrido. Caso isso não se tenha verificado, torna-se indispensável opor embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento.¹⁶

Além disso, nesse caso, surgiam duas situações possíveis no sistema do CPC/73: (a) os embargos eram conhecidos e providos, consumando-se o prequestionamento, viabilizando-se o recurso de sobreposição; (b) se a matéria não fosse examinada nos embargos (não conhecidos ou conhecidos e improvidos), o recurso especial ou extraordinário tinha que ser interposto com alegação de violação ao dever de fundamentação, omissão, portanto (art. 535, II do CPC/73, art. 93, IX da CF). O resultado do julgamento na hipótese por último mencionada, se acolhido o recurso de sobreposição, seria a anulação do acórdão que julgou, na origem, os embargos de declaração, para que outro julgamento fosse realizado suprindo-se a omissão, tornando-se necessário, ao final, novo recurso especial ou extraordinário para analisar a matéria federal ou constitucional.

Acrescente-se que até então não havia dever de declaração do voto vencido por parte do julgador que o tivesse proferido, bem como que era nítida a tendência na

¹⁶ No STF, as súmulas 282 (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”) e 356 (“O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”); no STJ a súmula 211 (“Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da fundamentação necessária, não foi discutida pelo tribunal a quo”).

jurisprudência, em regra, de não considerar o conteúdo do voto vencido para fins de prequestionamento.

A disciplina decorrente do art. 943, § 3º, do NCPC altera esse quadro por mais de uma razão: (a) impõe ao julgador vencido o dever de declarar o seu voto; e (b) determina que o conteúdo do voto vencido seja considerado para fins de prequestionamento.

O primeiro aspecto positivo a ser anotado nessa regra relaciona-se à publicidade e à motivação. Determinar que o voto vencido seja declarado é uma forma de prestigiar a publicidade no processo e no julgamento, tornando de conhecimento geral as razões pelas quais um ou mais julgadores não concordaram com a tese que se sagrou vencedora.

Em sistema que fortalece a importância, valor e eficácia dos precedentes, o conhecimento das opiniões dissidentes existentes entre os julgadores oferece elementos para que, em outros julgados, no futuro, a matéria possa ser novamente explorada sob outras perspectivas, tornando-se viável, eventualmente, mudança de orientação nos posicionamentos da Corte.

Não bastasse isso, a exigência de declaração do voto vencido impõe atuação mais comprometida dos julgadores em relação aos colegiados que integram, pois só se sentirão estimulados a dissentir, é viável supor, caso vislumbrem razões consistentes para fazê-lo.

Por outro lado, ao prever a lei a utilidade do voto vencido para fins de reconhecimento do prequestionamento, impõe o legislador sentido racional aos debates e decisões nos colegiados, dando valor à atividade ali realizada em sua integralidade, o que se mostra coerente com a ideia de prequestionamento.

3.9 Unificação dos prazos recursais

Em conformidade com o art. 1.003, § 5º do NCPC, exceção feita aos embargos de declaração, cujo prazo de interposição continua sendo de cinco dias (art. 1.023 do NCPC), para todos os outros recursos o prazo de interposição e para oferecimento de contrarrazões passa a ser unificado, ou seja, de 15 dias.

Essa uniformização, absolutamente salutar por eliminar confusões e dúvidas quanto ao prazo recursal, foi estendida também aos casos de recursos previstos em leis especiais e aos agravos ditos regimentais, previstos nos regimentos internos dos tribunais contra decisões monocráticas. Estes cuidam dos casos em que não há recurso específico estabelecido na lei processual, mas internamente, na Corte, há delegação de competências dos órgãos colegiados para o relator ou Presidente.¹⁷

¹⁷ O art. 1.070 do NCPC prevê que “É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.”

4 Mudanças em relação aos recursos em espécie

4.1 Extinção dos embargos infringentes e técnica da ampliação da composição do colegiado

Era conhecida a crítica ao recurso de embargos infringentes, mantido no direito processual civil brasileiro como herança da influência lusitana, quando em Portugal mesmo há muito tal recurso fora eliminado.¹⁸

O legislador já havia reduzido o campo para sua interposição, na medida em que com a Lei nº 10.352/2001, tinham sido reduzidas as hipóteses de cabimento desse recurso, pois, com a redação dada ao art. 530 do CPC/73 em decorrência desta reforma, manteve-se a possibilidade de uso desse recurso exclusivamente em duas situações: (a) decisão proferida em apelação que modifica, com voto vencido, o julgamento de mérito proferido em primeira instância; e (b) acolhimento da ação rescisória com voto vencido.

As restritas hipóteses de cabimento e a experiência forense mostram, ainda hoje, que são relativamente poucos os casos de interposição de embargos infringentes. Por isso não parece viável concluir-se, com base na atividade prática junto aos tribunais, que seja verdadeiramente representativa, em sentido negativo, a existência dos embargos infringentes. Não é crível, portanto, que esse recurso contribua, realmente, para assoberbar ainda mais os tribunais ou mesmo provocar, em perspectiva sistêmica, maior demora no funcionamento da Justiça.

Em outras palavras, embora não haja levantamentos estatísticos demonstrando o contrário, soa questionável, para não dizer injusta, a afirmação que por vezes é endereçada a tal recurso, no sentido de que ele seria um ranço do passado, e que estaria na contramão dos esforços legislativos para o aprimoramento do processo e o alcance de maior celeridade na prestação jurisdicional.

Seja como for, decidiu o legislador por eliminar o recurso. Entretanto, criou outro mecanismo que, é razoável supor, produzirá praticamente a mesma demora que se verifica quando do julgamento dos embargos infringentes.

Trata-se da técnica de julgamento consistente na ampliação da composição do colegiado nos casos em que há voto vencido. Essa técnica de ampliação do colegiado para viabilizar o prevailecimento, eventualmente, do voto vencido, está prevista no art. 942 do NCPC. O dispositivo prevê que, se o julgamento não for unânime “*terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a*

possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores” (art. 942, *caput*).

A lógica da nova técnica de julgamento é dispensar a parte que seria favorecida pelo voto vencido de interpor novo recurso, fazendo-se supor que, sem a necessidade da prática desse novo ato processual, e sem a necessidade de abertura de vista para contrarrazões, o desfecho do julgamento seria mais célere, mantida, entretanto, a possibilidade de fazer prevalecer o voto vencido.

Pedimos vênias, entretanto, para assentar nossa dúvida quanto ao alcance desses resultados. Se a ideia era acabar com os embargos infringentes, partindo do pressuposto de que se tratava de recurso desnecessário e meramente protelatório, melhor seria tê-lo feito sem criar mecanismo análogo, que produzirá, provavelmente, idêntica demora.

Observe-se que, por um lado, o NCPC prevê, no art. 942, § 1º, que “*Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o colegiado.*”

Sabendo como é a dinâmica do funcionamento dos colegiados fracionários nos tribunais, como são congestionadas as pautas das sessões, bem ainda o quão intensa é a atividade dos julgadores individualmente considerados, é difícil acreditar que tal norma venha efetivamente a ser aplicada, ao menos nesse ponto. Não é razoável imaginar que os membros do colegiado que não participam da turma julgadora, embora integrantes do mesmo colegiado fracionário, permaneçam, no dia a dia, à disposição (em estado de espera), para que, se necessário, passem a integrar a composição maior do colegiado julgador, relativa à técnica de que aqui se trata.

Ou deveriam os demais julgadores, que não estão compondo o colegiado fracionário, permanecer em esquema de “plantão”, para que, mediante convocação imediata, e mesmo sem conhecer a matéria em debate no caso concretamente considerado, venham a participar da fase “estendida” e “ampliada” da sessão de julgamento?

Difícil acreditar que seja viável, concretamente, dar aplicação à autorização para a continuação do julgamento na mesma oportunidade, com composição ampliada do colegiado.

Não bastasse isso, ao eliminar os embargos infringentes, substituindo-os pela técnica aqui analisada, ampliou o legislador os casos em que ela pode ser aplicada.

Note-se que:

- (a) o art. 942, *caput*, fala no caso em que “o resultado da apelação for não unânime”. Não há, aqui, a limitação prevista no art. 530 do CPC/73, que restringe o cabimento dos embargos infringentes ao julgamento não unânime da apelação que reforma sentença de mérito. Isso significa que, mesmo nos casos de sentença de extinção do feito sem exame do mérito, havendo no julgamento da apelação voto vencido, deverá ser aplicada a regra de ampliação do número de componentes responsáveis pelo julgamento, ou seja, deverá ser estendido o julgamento, em sessão subsequente, com novos julgadores compondo o colegiado.

¹⁸ Lembrara-o José Frederico Marques, ainda na vigência do CPC/39, ao anotar que “os embargos são recursos de origem exclusivamente lusitana. [...] Cumpre registrar, finalmente, que Portugal, em suas leis de processo civil, também se manteve fiel às velhas fontes de seu Direito tradicional, durante largo tempo, consagrando os embargos entre seus institutos recursais. O atual Cód. De Proc. Civil, porém, o aboliu completamente, da legislação portuguesa” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. IV, p. 246-249).

(b) o art. 942, § 3º, II do NCPC, por sua vez, prevê a aplicação da técnica de ampliação da composição do colegiado aos casos de agravo de instrumento contra decisão que julgar parcialmente o mérito. Haverá quem diga, nesse passo, que a possibilidade de embargos infringentes contra decisão proferida em agravo já seria sustentável na vigência do CPC/73, nos casos de agravo contra decisão interlocutória de mérito, como aquela que nega a ocorrência da prescrição ou da decadência. De todo modo, a alteração inserida na nova codificação amplia consideravelmente (tendo presente o reconhecimento expresso na lei da possibilidade de decisões parciais de mérito – art. 356, NCPC) a frequência com que será utilizada a técnica de extensão do julgamento e ampliação do colegiado.

Assim, parece-nos pertinente o temor de que, ao invés de promover a eliminação de um suposto entrave à celeridade da definição do litígio (ou seja, na visão dos seus críticos, os embargos infringentes), poderá a novidade produzir efeitos absolutamente contrários, tornando mais frequentes os casos em que a demora, em função do emprego da nova técnica de julgamento, ocorrerá.

4.2 Novidades na apelação

Em pelo menos dois aspectos há nítida modificação na sistemática do processamento da apelação.

O primeiro consiste no fato de que, em razão da limitação dos casos de cabimento do agravo de instrumento (o que será visto adiante), todas as decisões interlocutórias não agraváveis criam situações de prejuízo não sujeitas a preclusões, passíveis, portanto, de questionamento na própria apelação.

Nesse sentido é o que dispõe o art. 1.009, § 1º do NCPC, pelo qual “*as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões*”.

E essa é uma solução, antes de tudo, lógica. Se o legislador buscou prestigiar, em alguma medida, o princípio da oralidade, procurando concentrar a prática dos atos processuais e reduzindo a possibilidade de recorribilidade em separado das decisões interlocutórias, é natural que com relação às decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento seja possível seu questionamento no recurso de apelação ou nas contrarrazões ao apelo interposto pela parte contrária.

Assim não fosse, teríamos a caracterização de decisões interlocutórias absolutamente inexpugnáveis, o que revelaria péssima solução legislativa, configurando, ademais, negativa de acesso integral à Justiça.

Como consequência da possibilidade de impugnação de decisões interlocutórias não preclusas, porque não sujeitas a agravo de instrumento, nas contrarrazões,

estabelece o art. 1.009, § 2º, do NCPC que, neste caso, seja aberta vista ao apelado para, em 15 dias, oferecer manifestação a respeito.

Essa previsão concretiza o contraditório, com a bilateralidade do debate, no processo, no caso de impugnação de decisões interlocutórias não preclusas nas contrarrazões do apelo.

Ótimo que a lei o tenha dito. Ademais, mesmo sem expressa previsão legal seria necessário, em respeito ao contraditório, dar ao apelante a oportunidade de manifestar-se.

Outro ponto importante refere-se ao juízo de admissibilidade da apelação.

Pelo art. 1.010, § 3º do NCPC, após as contrarrazões “*os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade*”.

Isso significa que o juízo *a quo* não tem mais competência para realizar o juízo provisório de admissibilidade da apelação, como ocorria até então, por força do art. 518 do CPC/73.

Em outras palavras, o juízo de admissibilidade é sempre feito no tribunal, não mais pelo juiz. Isso não significa, entretanto, que não haja juízo provisório de admissibilidade. Ele existe, mas cabe ao relator, visto que, se este determina o processamento do recurso, significa que provisoriamente o admitiu, decisão esta que pode ser revista quando do julgamento na Turma ou Câmara, que pode negar seguimento ao apelo.

Desdobramento desse sistema está em que não é o juiz, em primeiro grau, perante o qual o apelo é interposto, que declara os efeitos em que ele é recebido, ou seja, só no efeito devolutivo, ou também no efeito suspensivo (retirando a eficácia provisória e imediata da sentença), ou ativo (atribuindo eficácia imediata à sentença).

Observe-se, nesse ponto, que em princípio a apelação terá efeito suspensivo (art. 1.012, *caput* do NCPC). Isso significa que, em regra, a sentença não tem eficácia imediata e provisória. Se esse for o caso, é possível pensar na atribuição de efeito ativo à sentença, ao se retirar o efeito suspensivo da apelação.

Por outro lado, em alguns casos a apelação é recebida só no efeito devolutivo (art. 1.012, § 1º, do NCPC), permitindo que a sentença produza desde logo seus efeitos. São essencialmente os mesmos casos em que, nos termos dos incisos do art. 520 do CPC/73 a apelação era recebida só no efeito devolutivo.¹⁹

Nesses casos, é viável formular requerimento a fim de que seja atribuído efeito suspensivo ao apelo.

Pois bem.

O juízo *a quo* apenas determina a abertura de vista para contrarrazões e em seguida promove a remessa dos autos ao tribunal.

¹⁹ Apelação contra sentença que: homologa divisão ou demarcação; condena à prestação de alimentos; extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; confirma ou revoga tutela provisória; decreta a interdição (apenas esta última hipótese não estava no rol do art. 520 do CPC/73, mas está na enumeração do § 1º do art. 1.012 do NCPC).

Assim, na vigência do CPC/73, o apelante requeria ao juízo *a quo* a atribuição de efeito suspensivo ou ativo ao apelo, e diante da negativa, tinha a possibilidade de interpor agravo de instrumento para obter, no agravo, esse resultado (art. 522, *caput*, CPC/73).²⁰

Doravante, deverá o apelante requerer diretamente ao tribunal a atribuição de efeito suspensivo ou ativo à apelação. Nos termos do art. 1.012, § 3º, do NCPC, o requerimento deve ser endereçado ao tribunal no período compreendido entre a interposição da apelação e a sua distribuição. O relator designado ficará prevento para o exame do recurso. Se já distribuída, é o próprio relator que deverá apreciar tal requerimento.

O NCPC não esclarece se cabe recurso da decisão do relator a respeito do requerimento de atribuição de efeito suspensivo. Também não impõe vedação. Ademais, há a previsão genérica do agravo interno contra decisões proferidas pelo relator dos recursos de modo geral (art. 1.012 do NCPC). Isso nos faz concluir ser passível de impugnação, mediante interposição de agravo interno, a decisão que nega ou defere atribuição de efeito suspensivo ou ativo à apelação.

Igualmente impugnável por agravo interno será a decisão do relator que negar seguimento ao recurso, ou que negar ou der provimento ao apelo, com fundamento em súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, em acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou ainda com amparo no entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.²¹

4.3 Novidades no agravo de instrumento

O primeiro aspecto em que se distancia nitidamente o sistema do NCPC da legislação anterior é a eliminação do agravo retido.

De duas uma: ou a decisão é agravável, e nesse caso o agravo é interposto sempre mediante a formação de instrumento, ou não o é, e nessa hipótese não há preclusão, podendo a decisão interlocutória ser impugnada como preliminar da apelação ou nas contrarrazões ao apelo interposto pela parte contrária (art. 1009, § 1º do NCPC).

Por outro lado, contrariamente ao sistema anterior, em que vigorava a regra da recorribilidade em separado das decisões interlocutórias, mediante agravo de instrumento ou retido, na nova codificação os casos em que é admissível a interposição de agravo de instrumento, são arrolados de forma taxativa no art. 1.015 e incisos.

Ali está previsto o cabimento do recurso contra decisões interlocutórias versando: tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse

²⁰ O dispositivo previa o cabimento do agravo de instrumento “nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”.

²¹ São os casos em que, em conformidade com o art. 932, IV e V do NCPC, pode o relator julgar monocraticamente o mérito do recurso.

de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova.

Havia previsão, ainda, do cabimento do agravo de instrumento contra decisão de conversão da ação individual em coletiva, mas os dispositivos relacionados ao instituto da conversão foram vetados (art. 333, art. 1.015, XII, do NCPC).

Há ainda a remissão à possibilidade do agravo de instrumento em “outros casos expressamente referidos na lei” (art. 1.015, XIII) e que “*Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.*” (art. 1.015, parágrafo único).

Assim, além do rol do art. 1.015, há referência expressa ao cabimento do agravo de instrumento, no NCPC, nos seguintes dispositivos: decisão interlocutória que indefere o requerimento de gratuidade processual ou revoga a sua concessão (art. 101);²² decisões de parcial indeferimento da petição inicial ou exclusão de parte (art. 354, parágrafo único, c.c. art. 485); nos casos de indeferimento de requerimento de reconsideração de sobrestamento de feito pelo juiz, para aguardo do julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos (art. 1.037, §§ 9º, 10, 1 e 13, 1).

Observa-se, portanto, que embora o rol de decisões impugnáveis por agravo de instrumento seja taxativo, revela-se ele extenso, o que, se por um lado mostra a presença, na versão final do texto da nova codificação, da diretriz inicialmente traçada pela Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto (limitação aos recursos), por outro demonstra uma solução final consideravelmente tímida, em cotejo com aquela proposta inicialmente.

Em outras palavras, no confronto entre dois valores (assegurar maior amplitude de possibilidades de impugnação das decisões, de um lado; redução ao número de recursos com o escopo de dar maior celeridade ao processo e à formação da coisa julgada, de outro), optou o legislador por buscar posição de equilíbrio, ainda que em detrimento à obtenção de maior agilidade na conclusão da tramitação dos processos.

Ainda nesse ponto é relevante notar que o legislador foi menos rigoroso com a questão da regularidade formal do agravo de instrumento do que o fora no sistema anterior.

O art. 525, I, do CPC/73 indica quais as peças que obrigatoriamente devem acompanhar o agravo sem formular qualquer ressalva quanto à possibilidade de regularização, o que induz à conclusão de que a sua inobservância configura caso de inadmissão do recurso.

O dispositivo equivalente, ou seja, o art. 1.017, § 3º, do NCPC, deixa fora de dúvida a viabilidade da regularização, e, portanto, a preocupação em assegurar o reexame

²² Art. 101, *caput*: “*Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.*”

da decisão agravada, ao estabelecer que “na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único”, pelo qual “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

Mais uma vez se tem, nessa disciplina, uma marca claramente presente no sistema recursal da nova codificação, qual seja, a concessão da possibilidade de regularização dos vícios processuais, favorecendo-se, com isso, maiores chances de exame do mérito dos mecanismos de impugnação das decisões judiciais.

Uma última alteração que vem em boa hora é a dispensa de juntada de cópias do comprovante de interposição do agravo de instrumento no feito de origem, perante o juízo de primeiro grau, se o processo for eletrônico (art. 1.018, § 2º, NCPC).

A juntada do comprovante de interposição no prazo de três dias, anteriormente prevista no art. 526 do CPC/73, de fato só faz sentido nos processos físicos, não naqueles que tramitam de forma eletrônica, visto que os autos eletrônicos são facilmente acessíveis, seja em primeiro grau como em sede recursal, tornando-se absolutamente irrelevante a exigência anteriormente existente.

4.4 Agravos em recurso especial e extraordinário

Como foi anteriormente anotado, um dos propósitos externados publicamente como mote da elaboração de uma nova codificação processual civil era a racionalização do sistema recursal.

Diversamente, entretanto, o NCPC cuidou de criar um novo recurso, cuja disciplina está no art. 1.042, ou seja, o agravo em recurso especial e em extraordinário.

Seu cabimento está restrito a três situações distintas, descritas a seguir:

- (a) Contra decisão de indeferimento de requerimento de inadmissão de recurso especial ou extraordinário sobrestado (na hipótese de julgamento de recursos repetitivos), visto que interposto intempestivamente (art. 1.042, I, c.c. o art. 1.035, § 6º e art. 1.036, § 2º do NCPC);
- (b) contra decisão de inadmissão de recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior (art. 1.042, II do NCPC);
- (c) contra decisão de inadmissão de recurso extraordinário pelo fundamento de que o STF reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida (art. 1.042, III, c.c. o art. 1.035, § 8º, e art. 1.039, parágrafo único do NCPC).

O legislador, por um lado, eliminou o juízo provisório de admissibilidade dos recursos de sobreposição, ao determinar que após as contrarrazões, o recurso especial e o recurso extraordinário sejam remetidos aos tribunais superiores competentes. A lei,

a propósito, foi expressa, consignando que a remessa pelo tribunal de origem ao STF ou ao STJ deve ser feita independentemente de juízo de admissibilidade (art. 1.030, parágrafo único do NCPC).

Isso significa como antes destacado que em regra, não possuindo mais o Presidente do tribunal de origem competência para realizar o juízo de admissibilidade provisório dos recursos (art. 542, § 1º, c.c. art. 543, “caput” do CPC/73), deixa de existir o anteriormente denominado agravo de despacho denegatório dos recursos especial e extraordinário (544 do CPC/73).

Há, entretanto, as três situações para as quais foi previsto o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário: (a) indeferimento de requerimento de reconsideração do sobrestamento de recursos para aguardo do julgamento de casos destacados como representativos de controvérsia; (b) negativa de seguimento de recurso extraordinário ou especial fundada na conformidade da decisão recorrida à orientação adotada no tribunal superior; (c) reconhecimento da inexistência de repercussão geral na matéria objeto do recurso.

Nesses três casos, a lei, fugindo à regra geral da inexistência de juízo de admissibilidade dos recursos de sobreposição no tribunal de origem, conferiu a este a possibilidade de examinar e decidir requerimentos de inadmissão de recurso intempestivo, negar seguimento a recursos contrários à posição adotada no tribunal superior, ou negar seguimento a recursos relativos à matéria cuja repercussão geral foi negada.

Observe-se que, em conformidade com o art. 1.035, § 5º do NCPC, pode o relator no STF, por força do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional discutida, determinar a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a referida questão e que tramitem em todo o território nacional.

É plausível a hipótese, entretanto, de determinação, nos tribunais de origem, de suspensão de recurso relativo ao tema, que tenha sido interposto intempestivamente. Precisamente nesse caso prevê o art. 1.035, § 6º e 7º do NCPC a possibilidade de o recorrido requerer, ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que “exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente”, cabendo da decisão de indeferimento de tal requerimento o agravo previsto no art. 1.042.

Em outras palavras, excepcionalmente a lei dá ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem competência para negar seguimento ao recurso sobrestado intempestivo, por provocação (requerimento) do recorrido, mas, em contrapartida, cria um novo recurso (agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário) para permitir, no tribunal superior, o reexame de tal decisão.

Os outros dois casos de cabimento do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário seguem a mesma lógica: em princípio o tribunal de origem não tem competência para proferir decisão, quanto ao recurso especial ou extraordinário, nem mesmo sobre o juízo provisório de admissibilidade. Terá tal competência, entretanto, quando se tratar de inadmissão dos recursos por coincidência entre a tese adotada na

decisão recorrida e a posição dos tribunais superiores, ou, no caso do recurso extraordinário, em virtude do reconhecimento de inexistência de repercussão geral na matéria.

Quanto ao caso da inexistência de repercussão geral e suas consequências quanto aos outros recursos relacionados àquela questão constitucional, o art. 1.035, § 8º do NCPC assinala, expressamente, que “*negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica*”. A regra é reproduzida no art. 1.039, parágrafo único.

O agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário é previsto, nesses casos, para permitir que o tribunal superior competente reveja, mediante provocação do recorrente cujo seguimento do especial ou extraordinário foi negado, o acerto ou desacerto do provimento judicial proferido na origem.

A solução legal é compreensível, mas, ao mesmo tempo, paradoxal. Ao mesmo tempo em que se buscou assegurar a possibilidade de revisão no tribunal superior quanto ao acerto ou não da aplicação no tribunal de origem da tese naquele (STF e STJ) definida (o que aparentemente se mostra positivo, pois cabe ao STF e ao STJ o papel, respectivamente, de guardiões do direito constitucional e do direito federal), criou-se um recurso antes inexistente, o que contraria o desiderato de racionalizar o sistema recursal.

Na vigência do CPC/73, diante da ausência de previsão de recurso para situações análogas, bem como da implantação da sistemática de julgamento de recursos especiais repetitivos e da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário, assentaram o STF e o STJ o entendimento no sentido do não cabimento de impugnação endereçada às cortes superiores em tais casos, excluindo-se novos recursos (novo recurso especial ou extraordinário, ou agravo de despacho denegatório) ou ações autônomas de impugnação (reclamação ou mandado de segurança).

O entendimento que prevaleceu, portanto, foi no sentido de que tais decisões das cortes locais, ao darem aplicação às posições firmadas nas cortes superiores, somente seriam passíveis de impugnação por meio de recurso eventualmente cabível no próprio tribunal de origem (agravo regimental ou embargos de declaração, conforme o caso).

Compreendeu-se, na oportunidade, que permitir-se o direcionamento do inconformismo aos tribunais superiores, nos casos aqui referidos, significaria minar o próprio sistema de julgamento de recursos repetitivos implantado pelo legislador, bem como a sistemática da repercussão geral. Caberia aos tribunais locais respeitar as teses fixadas, e sua má aplicação ficaria sujeita à revisão somente nas próprias cortes inferiores.²³

²³ O STJ, ao decidir a QO no Ag nº 1.154.599-SP, em 12/5/2011, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, assentou que “não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, I, do CPC”, ou seja, denegação de seguimento de recurso especial quando o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ. Por outro lado, o STF, ao decidir a QO no Ag nº 760.358-7, Rel. Min. Gilmar Mendes, assinalou, conforme ementa do julgado, o que segue: “Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta

Assim, é nítida a mudança de orientação legislativa em relação ao entendimento que o STF e o STJ formaram na vigência do CPC/73, já reformado, quanto aos recursos especiais repetitivos e à repercussão geral no recurso extraordinário.

Em suma: antes, da decisão que negava seguimento aos recursos de sobreposição, aplicando as teses firmadas nos julgamentos paradigmáticos ou de negativa de repercussão geral, era cabível só o agravo interno, na própria corte de origem. Dora-vante, passa a ser cabível, nos termos do art. 1.042 do NCPC, o agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, cuja admissão e julgamento cabem ao STJ e ao STF respectivamente.

Tal solução, é possível anotar, favorece o exercício, pelos tribunais superiores, do papel nomofilático que lhes foi assegurado pela Constituição. Mas milita contrariamente à racionalização do sistema recursal, com a qual havia nitidamente acenado a proposta de elaboração de uma nova codificação processual civil.

Há ainda outros aspectos relativos ao processamento e julgamento do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário que merecem nota.

Exigem impugnação e argumentação específica.

Assim é que, tratando-se de inconformismo com relação ao não acolhimento da alegação de intempestividade do recurso especial sobrestado, cabe ao agravante demonstrar, especificamente, que tal alegação deveria ter sido acolhida, ou seja, que o recurso sobrestado era intempestivo (art. 1.042, § 1º, I do NCPC).

Por outro lado, deve o agravante demonstrar a distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso especial fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo pelo tribunal superior; ou ainda quando a inadmissão do recurso extraordinário fundar-se em decisão anterior do STF de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida (art. 1.042, § 1º, II, “a” e “b” do NCPC).

O agravo em recurso especial e em recurso extraordinário será interposto perante o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, dispensado o recolhimento de custas e despesas postais (art. 1.042, § 2º). Após a manifestação do agravado deve ser encaminhado ao tribunal superior respectivo, independentemente de juízo de admissibilidade, que será realizado só no STF e no STJ, e não na origem, à qual foi negada competência para tanto (art. 1.042, § 4º).

Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem.”

Por outro lado, deverá, se for o caso, haver um agravo para o recurso especial inadmitido, e outro para o recurso extraordinário ao qual se negou seguimento (art. 1.042, § 6º), remetendo-se o feito primeiro ao STJ, e depois ao STF, caso o agravo em recurso extraordinário não reste prejudicado (art. 1.042, § 8º).

Não há dúvida de que existe, nesse ponto, um momento sensível da reforma do sistema processual. É possível de antemão vislumbrar que haverá grande quantidade de agravos em recursos especiais e extraordinários.

Sem prejuízo do desejo de que os profissionais do direito exerçam seu papel de adequadamente orientar seus constituintes quanto às reais chances de êxito ou de nova derrota nos tribunais superiores (inclusive em função da questão da sucumbência recursal, com a possibilidade de agravamento do ônus financeiro do processo),²⁴ uma solução que seguramente permanecerá tendo aplicação, como já ocorre atualmente, será a manutenção do julgamento monocrático de tais agravos.

Negar-se tal possibilidade, que já é empregada largamente na atualidade, corresponderia a dificultar sensivelmente a gestão dos feitos nos tribunais superiores, em que pese inúmeras críticas por vezes endereçadas, não sem boa dose de razão, à quebra do dogma da colegialidade dos julgamentos nos tribunais.

4.5 Embargos de divergência

Relativamente aos embargos de divergência, dos quais a nova codificação tratou nos arts. 1.043 e 1.044, a nota distintiva em cotejo com o sistema anterior é a positividade, na lei, da maior amplitude em relação aos casos de cabimento do recurso.

A jurisprudência que se formou na vigência do CPC/73 sempre demonstrou uma tendência restritiva quanto à admissão dessa espécie recursal.

Alguns exemplos dessa tendência restritiva são: a não admissão dos embargos para a discussão de temas relacionados à admissibilidade do recurso especial;²⁵ a exigência de identidade entre as circunstâncias de fato do julgado recorrido e do julgado paradigma;²⁶ bem como a necessidade de que ambos (paradigma e julgado recorrido) tenham apreciado o mérito do recurso especial, ou ao menos realizado seu exame, ainda que, ao final, não admitido aquele recurso;²⁷ a não admissão dos embargos de

divergência, sem qualquer ressalva, quando a jurisprudência se consolidou no sentido adotado na decisão recorrida;²⁸ o não cabimento dos embargos de divergência, quando o paradigma consiste em julgado de órgão que não tem mais competência em relação à matéria impugnada no recurso.²⁹

Preocupado com essa abordagem restritiva que se consolidou na jurisprudência, estabeleceu o legislador diretrizes claras para modificar a lógica quanto ao cabimento dos embargos de divergência.

Assim, foi previsto, no art. 1.043, incisos I, II, III, e IV do NCPC o cabimento dos embargos de divergência nos casos em que o acórdão paradigma e o acórdão recorrido sejam respectivamente: (a) de mérito; (b) relativos ao juízo de admissibilidade; (c) um acórdão de mérito e o outro, mesmo sem ser de mérito, desde que este último, ainda que não conhecido o recurso, tenha apreciado a controvérsia; (d) nos processos de competência originária haja divergência com relação a outro julgado do mesmo tribunal.

Além dessa diretriz de alargamento do cabimento dos embargos de divergência, prevê ainda expressamente o legislador a possibilidade de confronto de teses contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária (art. 1.043, § 1º, do NCPC), destacando, portanto, que aquilo que se mostra verdadeiramente importante é o confronto das teses jurídicas divergentes aplicadas a situações de fato similares, ainda que essa constatação se dê no confronto entre ação originária e recurso.

A opção adotada pelo legislador favorece a observância da premissa de que se o recurso de embargos de divergência tem por escopo permitir a uniformização da jurisprudência do tribunal, ou seja, eliminar posições conflitantes adotadas pelos respectivos colegiados fracionários, é fundamental que não seja previamente excluída, por questões meramente formais, a possibilidade de que a Corte examine, para eliminação do dissenso, julgados conflitantes.

Nesse mesmo diapasão assinala o art. 1.043, § 2º que a divergência que autoriza a interposição do recurso pode residir tanto no direito material como no direito processual. E essa opção é acertada. Note-se, no que diz respeito ao recurso especial, que é ele o principal mecanismo através do qual o STJ se habilita a cumprir seu papel de guardião do direito federal. O direito processual, por sua vez, também é direito federal. Excluí-lo do campo da apreciação do STJ em sede de embargos de divergência significaria limitar, por norma infraconstitucional ou por equivocada interpretação das competências reservadas à Corte, o campo de exercício de sua competência constitucional.

do o aresto embargado, ao contrário do paradigma, restringe-se ao juízo de admissibilidade do recurso sem se pronunciar a respeito do mérito da causa.”

²⁸ Cf. súmula 168 do STJ, “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

²⁹ Cf. súmula 158 do STJ, “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. Ainda no STJ, recentemente, o AgRg nos EDcl nos EAREsp 382553 / SC, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18/3/2015. No mesmo sentido: AgRg nos EREsp 1199211 / SP, Corte Especial, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 18/3/2015; AgRg nos EREsp 1200259 / RS, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/12/2014.

²⁴ Cf. art. 85, § 11 do NCPC.

²⁵ Cf. AgRg nos EDcl nos EAREsp 382553/SC, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18/3/2015, “É inviável, em sede de embargos de divergência, discussão sobre a admissibilidade do recurso especial.” No mesmo sentido: AgRg nos EREsp 1386640 / PE, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/5/2014. Ainda, nesse sentido, a súmula 315 do STJ, segundo a qual “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”, que recebe o contraponto da súmula 316, que parte da mesma premissa, pela qual “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial.”

²⁶ No STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 1199211 / SP, Corte Especial, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 18/3/2015, ficou assentado que “Ausente a indispensável similitude fática entre o acórdão embargado e aquele indicado como paradigma, não se conhece dos embargos de divergência”.

²⁷ Cf. AgRg nos EDcl nos EAREsp 382553/SC, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18/3/2015, “Não há dissídio jurisprudencial apto a ensejar o cabimento dos embargos de divergência quan-

Adite-se ao que vem sendo aqui exposto que até mesmo a possibilidade de reexame de posições já sedimentadas, através dos embargos de divergência, foi viabilizada pela nova lei processual, desde que haja possibilidade de modificação de entendimento diante da nova composição dos colegiados fracionários.

É nesse sentido que o art. 1.043, § 3º estabelece o cabimento do recurso quando “o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”.

Note-se, nesse ponto, que a finalidade dos embargos de divergência é permitir a eliminação da divergência existente, em matéria de direito, entre distintos órgãos fracionários do tribunal. Daí porque não é viável pensar, em princípio, na divergência entre decisões do mesmo órgão fracionário como fundamento para a interposição do recurso. Afinal, se o mesmo órgão fracionário (turma ou seção) altera seu entendimento, é sinal de que houve modificação no seu posicionamento.

O § 3º do art. 1.043, entretanto, leva em consideração situação sensível da realidade, qual seja o fato de que por vezes a mudança de entendimento está associada não apenas à nova interpretação da mesma questão de direito, mas também à modificação na composição do órgão julgador.

Mais: se a modificação da composição alcança mais da metade de seus membros, isso significa que pode o colegiado ter ou não mudado de posição. Surge, portanto, a oportunidade para nova pacificação de entendimento a respeito da questão federal em debate no âmbito do próprio colegiado fracionário considerado (turma, seção, corte especial), através dos embargos infringentes.

4.6 Embargos de declaração

Ao cuidar dos embargos de declaração, procurou o legislador solucionar alguns problemas concretos e dar conteúdo mais pragmático ao emprego desse meio de impugnação.

Por primeiro, passa o NCPC a prever expressamente a possibilidade do emprego dos embargos de declaração para eliminar erros materiais da decisão embargada (art. 1.022, IV).

O cabimento dos embargos de declaração para a correção de erros materiais deve ser avaliado positivamente. Nem sempre é muito clara, nos casos concretos, a distinção entre as omissões, obscuridades ou contradições, que anteriormente já autorizavam os embargos declaratórios, e os erros materiais. Ademais, se a lei autorizava o “mais” (os embargos naqueles casos), por que não permitir o emprego do mesmo mecanismo para a impugnação do “menos” (os erros materiais)?

Não merece desconsideração, além disso, o fato de que muitas vezes o que se verifica é uma interpretação mais “elástica” do conteúdo da omissão, contradição ou obscuridade, para a correção de outros erros que beiram aqueles de conteúdo meramente material. Ou então se utiliza a parte dos embargos para evitar, mesmo diante

de erro qualificável como material, a preclusão quanto à viabilidade de impugnar-se a decisão.

Por outro lado, passa a lei a prever expressamente a fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno, ao determinar, o art. 1.024, § 3º do NCPC, que “O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.”

É, de fato, extremamente comum e frequente que nos deparemos com decisões monocráticas nos tribunais locais ou superiores, e não haja muita clareza sobre qual o recurso cabível – embargos de declaração ou agravo interno – por ser viável vislumbrar na fundamentação do julgado argumentos que tanto podem, em alguma medida, ser compreendidos como erro de avaliação do julgador como podem, igualmente, tangenciar os quadrantes da omissão, da contradição ou da obscuridade.

Nada mais razoável que, em situações dessa natureza, que revelam dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, aceitar-se a aplicação da fungibilidade, admitindo-se a interposição de um recurso em lugar de outro.

Adite-se, ainda, que isso já vem ocorrendo, pois os tribunais (especialmente o STF e o STJ) já vêm, com considerável frequência, conhecendo de embargos contra decisões monocráticas proferidas pelos respectivos Ministros como agravos internos. Tal solução, além de militar em prol do exame do mérito dos recursos e contra o formalismo exacerbado, está afinada com o prestígio que deve ser outorgado às partes quando erram, mas agem motivadas por boa-fé.

Não bastasse isso, a exigência legal de que se dê ao recorrente a oportunidade de complementar suas razões para adequá-las ao art. 1.021, § 1º do NCPC (necessidade de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida – caráter dialético do recurso) demonstra, igualmente, a intenção do legislador de viabilizar o exame do mérito da impugnação, e não de erigir obstáculos absolutamente formais para inviabilizar seu julgamento.

Outro aspecto extremamente relevante que merece destaque como novidade no contexto dos embargos de declaração é que a lei cinge a necessidade de retificação e/ou complementação das razões do recurso interposto pela outra parte, que impugnou a decisão antes da oposição dos embargos de declaração do outro litigante, aos casos em que haja modificação do conteúdo do julgado embargado.

Nesses casos, nos termos do art. 1.024, § 4º do NCPC, está determinado que “Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado, que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão nos embargos de declaração.”

Vale recordar que, na vigência do CPC/73, firmou-se o entendimento no sentido da necessidade de se ratificar recurso interposto antes do julgamento dos

embargos de declaração pela parte contrária, mesmo quando os embargos não fossem acolhidos.³⁰

Mostra-se mais adequada, portanto, a nova orientação adotada pela lei, no sentido de que a ratificação do recurso e complementação de razões só se faz necessária quando os embargos, sendo acolhidos, modificam o conteúdo da decisão embargada.

Daí, nessa mesma linha, o teor do art. 1.024, § 5º, por força do qual “*Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.*”

Há, por outro lado, uma novidade interessante e importante, que significa a superação de uma dificuldade decorrente da interpretação restritiva que se formou, ao longo do tempo, no que diz respeito à necessidade de prequestionamento da matéria de lei federal no recurso especial, e da matéria constitucional no recurso extraordinário.

Como se sabe, exigindo a Constituição Federal nos dois recursos de sobreposição que a causa tenha sido decidida (art. 102, III e art. 105, III da CF), consolidou-se o entendimento de que só seria viável o recurso extremo se a questão federal ou a questão constitucional tivessem efetivamente sido debatidas no julgado recorrido. Na ausência de discussão a respeito dessas questões seria necessário esgotar a temática mediante embargos de declaração para, só então, interpor-se o recurso especial ou o extraordinário, conforme o caso.

Daí a consolidação do entendimento jurisprudencial assentado nas súmulas nº 282 e 356 do STF,³¹ e súmula nº 211 do STJ.³²

Não bastasse isso, tendo sido opostos embargos declaratórios e persistindo a omissão, tornou-se indispensável, no entendimento do STJ, a alegação, no recurso especial, de contrariedade ao art. 535, II do CPC, com requerimento de anulação do acórdão que julgou os embargos, sob pena de não admissão do recurso por ausência de prequestionamento da matéria veiculada, em caráter principal, no recurso especial.³³

³⁰ Súmula 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

³¹ Súmula 282: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Súmula 356: “O ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

³² Súmula 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.”

³³ Nesse sentido, no STJ, o AgRg no AgRg no Ag 1237215 / AL, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 2/8/2012, de cuja ementa se extrai a seguinte passagem: “Diante da ausência de manifestação do Tribunal de origem sobre questão federal suscitada em sede de embargos declaratórios, faz-se necessário o retorno dos autos à respectiva Corte para que se pronuncie sobre o tema reputado omissis.” Do mesmo modo, o AgRg no REsp 926426 / RJ, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. 7/4/2011, destacando que “1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que deve a parte vincular a interposição do recurso especial à violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o tribunal a quo persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, mantendo-se, ainda, quando persiste desconhecendo

Esse rigor formal fica superado com o art. 1.025 do NCPC, pelo qual “*Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento,*³⁴ *ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*”

A lei criou, portanto, uma espécie de prequestionamento presumido ou fictício, que tem por objetivo e efeito, primeiro, eliminar a utilização abusiva da rejeição dos embargos e não sua admissão como fórmula jurisprudencial suficiente para inviabilizar o exame do recurso de sobreposição na Corte Superior; e, segundo, uma vez reconhecida a violação da legislação federal na Corte Superior, permitir que esta examine diretamente o mérito do recurso especial, sem a necessidade de anular o acórdão do tribunal local que julgou os embargos de declaração para que outro venha a ser proferido, justificando e tornando exigível, subsequentemente, a interposição de novo recurso de sobreposição.

É mais do que passada a hora de compreender e afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional absoluta, e que os recursos especial e extraordinário não têm relação nenhuma com ele.

Em outras palavras, não é o duplo grau, mas sim a necessidade de mecanismos para que o STF e o STJ exerçam seu papel nomofilático que justifica a existência do recurso especial e do recurso extraordinário. Assim, o excessivo rigor no exame dos requisitos de admissibilidade destes dois recursos pode significar, na prática, limitação sensível ao exercício, pelas duas Cortes Superiores, das suas competências constitucionais.

Acertada se mostra, pois, a solução decorrente do antes referido art. 1025 da nova codificação processual. Ocorrendo a omissão no acórdão do tribunal local, bem como opostos os embargos e persistindo aquela lacuna, deve o recurso especial ou o extraordinário ser interposto com requerimento de reforma daquela decisão.

O STF e o STJ, por sua vez, ao julgarem aqueles recursos, uma vez reconhecida a violação da legislação federal ou da Constituição, poderão reconhecer, ainda que de modo presumido ou fictício, ter ocorrido o prequestionamento da matéria, julgando diretamente o mérito do recurso, em juízo de revisão, sem a necessidade de cassação (anulação) do acórdão proferido nos embargos de declaração, para devolução da matéria à origem com exigência de prolação de nova decisão.

Suprime-se, portanto, fórmula extremamente burocrática que em nada contribuiu para a boa aplicação do direito à espécie e para o cumprimento da função nomofilática do STF e do STJ, funcionando exclusivamente como modo de emperrar e protelar a prestação jurisdicional.

obscuridade ou contradição arguida como existente no decísum. 2. Não apreciadas as nulidades alegadas, impõe-se a declaração de nulidade do acórdão que julgou os embargos declaratórios, a fim de que o vício no decísum seja sanado.”

³⁴ Assim foi grafada a expressão no corpo do dispositivo, embora o neologismo “prequestionamento”, como é de ciência geral, há muito tenha sido incorporado à vida forense.

A nova lei cuida, também, de um problema sério, consistente na utilização dos embargos de declaração com escopo protelatório.

O acertado rigor, que está afinado com a exigência de boa-fé das partes e de seus procuradores e com o comportamento ético que todos devem adotar no processo, vem consolidado no art. 1.026, §§ 2º, 3º e 4º do NCPC.

As regras impõem multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa no caso de embargos de declaração manifestamente protelatórios (§ 2º), sendo que em caso de reiteração será a pena elevada para até 10% (dez por cento), condicionando-se ao seu efetivo recolhimento a interposição de qualquer outro recurso, salvo para a Fazenda Pública e para o beneficiário da gratuidade da justiça (§ 3º). Por último e não menos importante, veda-se de modo preempatório a oposição de novos embargos declaratórios, se os dois anteriores tiverem sido considerados protelatórios (§ 4º).

Ainda no campo dos embargos de declaração, a lei passa a autorizar, de forma expressa, que o juiz ou relator conceda efeito suspensivo aos embargos declaratórios, desde que *“demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação”* (art. 1.026, § 1º do NCPC).

Como é cediço, era possível construir, com argumentos extraídos do sistema processual vigente no CPC/73, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração, verdadeira antecipação de tutela em grau de recurso.

Elimina-se a dúvida, doravante, pela previsão expressa contida no art. 1.026, § 1º.

5 Novidades em relação ao recurso especial e ao extraordinário

Esse é um ponto do NCPC em que, aparentemente, a ideia inicial foi traída pela realidade, merecendo o tema destaque especial.

Buscava-se simplificar o sistema processual, eliminando obstáculos à sua adequada interpretação e funcionamento eficaz.

Entretanto, a natural complexidade do recurso especial e do extraordinário associada ao incremento do sistema de julgamento de processos e recursos repetitivos fizeram com que o legislador regulasse de modo tão minucioso os aspectos inerentes à operação de ambos os recursos que, ao final, a resultante foi uma disciplina verdadeiramente intrincada.

Um dado significativo (embora sozinho não represente necessariamente indicação definitiva) está na extensão do tratamento dado pelo legislador ao tema.

No CPC/73 os dois recursos de sobreposição são versados em sete artigos (do art. 541 ao art. 544), sendo que três deles (art. 543-A, B e C) foram introduzidos pelas leis que disciplinaram o requisito da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário (Lei nº 11.417/2006) e o julgamento dos recursos repetitivos

No NCPC5 a matéria vem disciplinada em texto muito mais extenso, do art. 1.029 ao art. 1.041, dispositivos estes que, por sua vez, são frequentemente redigidos com numerosos e extensos parágrafos.

Compreensível que a intenção do legislador, ao detalhar o texto, tenha sido prevenir a ocorrência de dúvidas. Difícil será, entretanto, imaginar que essa ingrata tarefa tenha sido preenchida com êxito, visto que as dúvidas de interpretação sempre existirão, o que não se pode dizer, entretanto, da promessa de redução de complexidade, o que, nesse campo, seguramente não ocorreu.

Seja como for, dada a impossibilidade de, neste texto, tratar da matéria por inteiro, cabe indicar quais os pontos em que inovou de modo sensível o legislador, que não são poucos.

5.1 Competência para o juízo de admissibilidade

Há nesse particular uma modificação substancial. O tribunal *a quo* não tem mais competência para fazer o juízo provisório de admissibilidade do recurso especial e do extraordinário.

No sistema do CPC/73 tal competência era do Presidente do tribunal inferior (art. 542, § 1º).

A experiência mostrou que a ideia da admissibilidade provisória na origem, aparentemente capaz de racionalizar a tramitação das impugnações, por impedir a subida de recursos inadmissíveis, gerou ao longo do tempo ao menos duas distorções: a primeira, fazer com que os órgãos locais (presidência dos tribunais recorridos) passassem a proferir decisões padronizadas de não admissão dos recursos, amparadas na maioria das vezes em fundamentos genéricos, sem examinar, de modo concreto e objetivo, a presença ou não dos pressupostos de admissão dos recursos. A segunda, a provocação de certo automatismo na interposição do agravo contra decisão denegatória dos recursos especial e extraordinário.

Em outros termos, tornou-se regra, na instância local, tanto negar seguimento com base em decisão padronizada, como a interposição dos agravos forçando a subida do inconformismo ao STF ou ao STJ, conforme o caso.

Ao deixar de prever o juízo de admissibilidade na origem a nova lei, ao menos em linha de princípio, exclui uma decisão no “iter” do procedimento recursal, e, portanto, elimina um recurso.

Assim, prevê o art. 1.030, parágrafo único do NCPC, que, após as contrarrazões, os autos são remetidos ao tribunal superior, e que tal remessa “dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

A ressalva à inexistência de juízo de admissibilidade na origem é feita, evidentemente, em relação aos casos em que, excepcionalmente, se dá competência ao órgão inferior para analisar a inadmissibilidade de recursos manifestamente inadmissíveis,

que rendem ensejo, inclusive, ao agora denominado agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1.042 do NCPC/2015), já examinado anteriormente.³⁵

5.2 Desconsideração e correção de vício formal

Por outro lado, seguindo a diretriz lógica que está viva no espírito da nova lei, consistente no combate à denominada jurisprudência defensiva (excesso de apego ao formalismo, ou mesmo criação jurisprudencial de obstáculos não previstos em lei para evitar o exame do mérito dos recursos), viabiliza a codificação a superação dos vícios formais no procedimento recursal, em consonância com os corolários da instrumentalidade do processo.

Nesse ponto, o art. 1.029, § 3º, do NCPC determina que tanto o STF como o STJ pode “desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Ora, se o STF e o STJ receberam da Constituição os papéis, respectivamente, de guardiões do direito constitucional e do direito federal, está em absoluta consonância com tais competências permitir que vícios formais sejam superados em prol do exercício desses encargos. Afinal, vale mais preservar a Constituição e a lei federal ou permitir que continuem sendo violadas, apenas porque algum aspecto formal de menor gravidade na formação do procedimento recursal não foi observado?

Um exemplo emblemático: a parte pode ter, nas razões do recurso extraordinário, demonstrado a existência da repercussão geral, olvidando-se de fazê-lo, entretanto, e tópico destacado como preliminar do recurso. No contexto do CPC/73 esse seria caso típico de inadmissão, nos termos do art. 543-A, § 2º, que exige a demonstração da repercussão “em preliminar do recurso”.

Em uma situação dessa natureza será recomendável, doravante, a superação do vício formal e o reconhecimento da existência da repercussão geral da questão constitucional, examinando-se o mérito do recurso extraordinário.

Situação análoga seria aquela relativa ao vício de representação da parte, que, nos termos da jurisprudência sumulada do STJ, implica, hoje em dia, não admissão do recurso.³⁶ Por aplicação do art. 1.029, § 3º do NCPC, diante dessa situação, será necessário franquear ao recorrente a possibilidade de juntada de procuração, regularizando-se a representação, para só então, persistindo a omissão e o vício, ter-se por inadmissível o recurso.

5.3 Suspensão de feitos em todo o território nacional

O art. 1.029, § 4º do NCPC prevê ser cabível a suspensão de processos em todo o território nacional, por determinação do Presidente do STF ou do STJ, se, no caso de

³⁵ Item 4.4.

³⁶ Cf. súmula 115 do STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em qualquer tribunal, houver requerimento demonstrando que nos processos a serem suspensos e no incidente está em discussão “questão federal constitucional ou infraconstitucional”. Além do requerimento de suspensão, será necessário considerar a existência de “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, devendo a suspensão perdurar “até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto”.

Observe-se, portanto, que o pedido de suspensão generalizada de feitos, que não tem natureza de impugnação autônoma ou de recurso, configura incidente processual cuja finalidade específica é a obtenção de provimento que determine, exclusivamente, a suspensão de processos em andamento.

A competência para a apreciação desse requerimento de suspensão é do Presidente do STF ou do STJ, conforme seu fundamento se assente em questão de natureza constitucional ou infraconstitucional, que tem potencial, em momento processual subsequente, para ser levada ao conhecimento daquelas Cortes através do recurso extraordinário ou do especial.

Tratando-se o requerimento de suspensão, ademais, de incidente processual correlato ao incidente de resolução de demandas repetitivas, é preciso que a questão, nele veiculada (no requerimento de suspensão), seja a mesma que motivou a instauração do incidente de demandas repetitivas.

Não faria qualquer sentido que a suspensão geral pudesse se dar por outro fundamento, que não a questão a ser dirimida por ocasião do julgamento do incidente em instância inferior.

Observe-se, a esse propósito, que o requerimento de suspensão de feitos em todo o território nacional está alinhado com o art. 987, §§ 1º e 2º do NCPC, por força do qual o recurso extraordinário ou o especial, nos casos de incidente de resolução de demandas repetitivas, ao contrário do que ordinariamente ocorre, terão efeito suspensivo e repercussão geral presumida, sendo inerente ao julgamento de ambos a aplicação da tese jurídica adotada pelo STF e pelo STJ “no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”.

Questão sensível a definir é a da legitimidade para requerer a suspensão de feitos em todo o território nacional.

Por primeiro, inevitável a conclusão de que pode pedir a suspensão de outros feitos quem tem legitimidade para requerer a instauração do próprio incidente de demandas repetitivas e, portanto, para recorrer da decisão que nele vier a ser proferida.

Em outras palavras, as partes do feito no qual se dá a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, o MP ou a Defensoria poderão requerer a suspensão de feitos em todo o território nacional. Se são legitimados a requerer a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 977 do NCPC), a eles deve ser reconhecida a legitimidade para requerer a suspensão de feitos e para recorrer.

Não por outra razão que o art. 982, § 3º do NCPC prevê expressamente, complementando o que está disposto no art. 1.029, § 4º, que “Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer ao tribunal

competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.”

Ademais, acrescenta o art. 982, § 4º, que “Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.” Ou seja: todos aqueles que serão afetados pela definição da tese jurídica pelo STF ou STJ, por força de submissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, em recurso extraordinário ou especial, aos mencionados tribunais, por já terem processos em curso no qual se discute a matéria, poderão também requerer a suspensão.

Para ficar clara a hipótese, imagine-se o seguinte exemplo: no Tribunal de Justiça de São Paulo é instaurado incidente de resolução de demandas repetitivas. A solução do incidente afeta, em princípio, apenas o território do Estado de São Paulo, no qual o Tribunal exerce sua competência. Em outro Estado, entretanto, há feito em andamento no qual a mesma questão é discutida. A parte neste outro feito poderá requerer a suspensão, pelo STF e STJ, em todo o território nacional, de processos em que a mesma questão de direito seja discutida.

Por último e não menos importante, no que diz respeito à duração da suspensão, o art. 982, § 5º do NCPC estabelece que ela cessará, se “não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente”.

Compreenda-se, portanto, em sentido contrário, que uma vez interposto recurso especial ou extraordinário, e tendo antes sido deferida a suspensão, será esta mantida até que transite em julgado a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas. Note-se que a lei não exigiu que seja admitido o especial ou o extraordinário para manter-se a suspensão, contentando-se com sua interposição.

5.4 Dispensa de medida (ação) cautelar autônoma para a obtenção de efeito suspensivo em recurso especial ou extraordinário

Na ausência de regra própria, e diante da inexistência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, pacificou-se o entendimento, na vigência do CPC/73, no sentido da possibilidade de obtenção desse efeito através de medida cautelar (ação cautelar) autônoma no STF e no STJ, se já realizado o juízo de admissibilidade na origem.³⁷

Na linha de simplificação do procedimento, considerando que as tutelas provisórias (de urgência – cautelar e antecipada – e da evidência) são, na nova codificação,

³⁷ Cf., no STF, súmula 634: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.”; e súmula 635: “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente de juízo de admissibilidade.”

objeto de regulamentação e tramitação no âmbito do próprio procedimento comum,³⁸ natural que tratamento análogo seja conferido aos pedidos de efeito suspensivo ou ativo relativos a recursos, pois nada mais são que tutela provisória em sede recursal.

Daí estabelecer o art. 1.029, § 5º, que o requerimento de concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou a recurso extraordinário será formulado: (a) ao tribunal superior competente, no período compreendido entre a sua interposição e distribuição, ficando o relator designado para apreciá-lo prevento para o exame do recurso; (b) ao relator, se o recurso já tiver sido distribuído; (c) ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem, no caso de ter ocorrido o sobrestamento do recurso por força de “decisão de afetação” de determinado caso para julgamento como paradigmático (representativo de controvérsia jurídica em caso de recursos repetitivos).³⁹

Como a competência para apreciação do pedido de efeito suspensivo foi concedida a órgão monocrático (relator, no tribunal superior; Presidente ou Vice-Presidente, no tribunal de origem), é natural a possibilidade de interposição de recurso (agravo interno), contra a decisão que aí vier a ser proferida, ao colegiado competente.

5.5 Fungibilidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial

Os arts. 1.032 e 1.033 do NCPC instituem, de forma expressa, a fungibilidade entre o recurso extraordinário e o especial, permitindo que sejam examinados, ao invés de simplesmente inadmitir-se o recurso, quando um recurso for interposto no lugar do outro.

É o que se verifica quanto o recurso especial é interposto, mas o STJ entende que ele “versa sobre questão constitucional”, devendo-se, nesse caso, conceder ao recorrente prazo de quinze dias para que demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional (art. 1.032). O STF, evidentemente, pode discordar do entendimento do STJ, restituindo o processo a este, decisão da qual não caberá recurso (art. 1.032, parágrafo único).

A recíproca também ocorre, pois o STF pode considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor “a revisão da interpretação de lei federal ou tratado”, hipótese em que pode remeter os autos ao STJ (art. 1.033).

A essência dessa nova diretriz legal é que, diante da dificuldade, frequentemente presente, em se distinguir, no caso concreto, a existência de questão constitucional ou federal, é razoável admitir-se o processamento do inconformismo, ainda que com outra roupagem recursal inicialmente diversa daquela eleita pelo recorrente.

Cumprе anotar que os equívocos de interposição são frequentes, sem que haja má-fé do recorrente, considerando que em inúmeras situações a mesma tese encontra projeção constitucional e infraconstitucional, nem sempre sendo nítida a possibilidade de distinção quanto a estar-se diante de uma situação em que o debate se cinge à ilegalidade, ou se a argumentação envolve mesmo a ofensa direta à Constituição.

³⁸ Cf. arts. 294 a 311 do NCPC.

³⁹ Nos termos do art. 1.037 do NCPC.

5.6 Presunção de repercussão geral da questão constitucional

É indispensável frisar que a nova codificação, acertadamente, inova em relação ao direito anterior ao prever, no art. 1.035, § 3º, I, II, e III situações em que a repercussão geral da questão constitucional debatida no recurso extraordinário é presumida, o que se verificará nos seguintes casos: recurso contra acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF; recurso contra decisão proferida no julgamento de casos repetitivos; declaração de inconstitucionalidade nos termos do art. 97 da CF (pela maioria absoluta do Plenário ou Órgão Especial do tribunal recorrido).

Os três casos indicados no dispositivo legal revelam situações em que a decisão produz repercussões que, naturalmente, vão além da esfera jurídica daqueles que são partes no processo em que se deu sua prolação.

Decisão que contraria súmula ou jurisprudência dominante do STF cria situação de desequilíbrio no tratamento entre partes que estão em situação idêntica, minando a isonomia material que a lei pretendeu prestigiar, ressalvada sempre, evidentemente, a possibilidade de revisão de tese, prevista no art. 927, §§ 2º, 3º e 4º do NCPC.

Aliás, até mesmo para que possa ocorrer a revisão de tese, é imprescindível que a nova corrente interpretativa em formação e os novos argumentos que a alimentam, cheguem ao conhecimento do STF, o que, por mais uma razão, aponta para o acerto da presunção de repercussão geral da questão constitucional.

Por outro lado, a presunção de repercussão geral na hipótese de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas está alinhada com a ideia que se encontra à base desse sistema, qual seja a uniformização de entendimento e fixação de teses a serem aplicadas de modo geral, prestigiando a igualdade de soluções em situações análogas.

Não é por outra razão que, como visto anteriormente, o recurso especial e o recurso extraordinário contra decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas têm efeito suspensivo (art. 987, § 1º do NCPC) e há a possibilidade de, antes mesmo da decisão do incidente, requerer-se ao STF ou ao STJ, conforme o caso, a suspensão de todos os feitos que tramitem em todo o território nacional, nos quais a mesma questão seja debatida (art. 982, § 4º, e art. 1.029, § 4º, do NCPC).

O último caso de repercussão geral presumida consiste na declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Plenário ou Órgão Especial do tribunal, nos termos do art. 97 da CF.

Natural que assim seja, visto que a declaração de inconstitucionalidade envolve situação em que a decisão produz repercussões que vão, de modo manifesto, além das partes, devendo evidentemente ser assegurado seu reexame pelo STF.

5.7 Repercussão geral: suspensão de todos os processos, não só de recursos

No sistema recursal do CPC/73, após as modificações relacionadas à repercussão geral do recurso extraordinário e aos recursos especiais repetitivos (Leis

nº 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente, que introduziram no Código os arts. 543-A, 543-B, 543-C), a afetação do recurso representativo da controvérsia para julgamento produzia o efeito de provocar o sobrestamento dos demais recursos especiais ou extraordinários (ou agravos respectivos, decorrentes de sua não admissão), até que o paradigma fosse julgado.⁴⁰

O sobrestamento de feitos, portanto, ficava limitada aos recursos especiais ou extraordinários interpostos, ou aos agravos deles decorrentes.

O alcance do sistema do julgamento de recursos repetitivos, no NCPC é muito maior, visto que a suspensão tem alcance mais amplo.

Observe-se que, em conformidade com o art. 1.035, § 5º, da nova codificação, *“Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”*

Regra análoga se encontra em disposição subsequente que, tratando do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, estipula que *“O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.”* (art. 1.036, do NCPC).

Ou seja, haverá a suspensão de apelações, agravos de instrumento, ou mesmo de processo em primeira instância, além da já existente suspensão de recursos extraordinários e especiais, bem como dos agravos respectivos, sempre que sua apreciação depender da definição da questão jurídica submetida a exame nos casos de recursos especiais ou extraordinários paradigmáticos.

Busca o novo sistema, assim, extrair o maior proveito e a maior eficácia concreta possível da fixação das teses nos casos representativos de controvérsias repetitivas.

5.8 Exclusão do sobrestamento na origem

O novo código, entretanto, supre uma lacuna do CPC/73, ao prever, no art. 1.035, § 6º, a possibilidade de exclusão do sobrestamento de determinado feito mediante requerimento da parte.

Estipula aludido dispositivo que *“O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso*

⁴⁰ No CPC/73, com as modificações pelas leis mencionadas no texto acima, ficou assentado que no caso de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, deveria o tribunal de origem encaminhar casos selecionados ao STF, “sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte” (art. 543-B, § 1º do CPC). No caso dos recursos especiais repetitivos, havia previsão de que o Presidente do tribunal de origem encaminhasse recursos ao STJ, “ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça”.

extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.”

De fato, na análise de feitos para fins de determinação de suspensão, como consequência da afetação de recurso representativo de controvérsia jurídica para julgamento no STF ou no STJ, podem ocorrer equívocos. Mostra-se pertinente, portanto, que haja mecanismo para sua correção.

Se o sobrestamento foi realizado indevidamente, por não haver correlação entre as questões jurídicas discutidas no caso paradigmático e no caso que foi suspenso, deve ser revista e superada a determinação de suspensão, para que o feito indevidamente sobrestado volte a tramitar.

5.9 Preferência e prazo para julgamento

Por outro lado, se o julgamento de casos paradigmáticos tem por escopo fixar teses que serão aplicadas a casos análogos, prestigiando-se a isonomia, mostra-se absolutamente pertinente e necessário que tenham eles prioridade de julgamento.

Essa preferência está prevista no art. 1.037, §§ 4º e 5º do NCPC.

Foi estipulado o prazo de 1 (um) ano para o julgamento, a partir da publicação da decisão que determinar a afetação do processo (ou processos), para que sejam julgados como casos representativos da controvérsia repetitiva, fixando-se ainda a preferência em relação aos demais feitos, ressalvados os casos de réu preso e pedidos de *habeas corpus*.

Superado tal prazo cessa automaticamente a afetação do caso destacado para julgamento paradigmático e a suspensão dos demais processos, nada impedindo, entretanto, que outro relator venha a promover nova afetação, para fins da apreciação da mesma questão jurídica (art. 1.037, § 6º).

5.10 Decisão de afetação

A nova lei disciplina de modo claro a denominada “decisão de afetação”, pela qual o relator, no tribunal superior, seleciona os recursos representativos da controvérsia jurídica, devendo: (a) identificar a questão jurídica que será submetida a julgamento paradigmático; (b) determinar a suspensão dos processos individuais ou coletivos que tratem do mesmo tema, em todo o território nacional; e (c) requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Não havia, no código anterior, clareza quanto aos requisitos, limites e objeto da decisão de afetação, o que vem, em boa medida, a lançar luz sobre tema.

5.11 Limites da decisão paradigmática

A nova codificação, por outro lado, deixa claro que, nos processos afetados para julgamento em caráter paradigmático, a decisão deve se limitar ao tema que foi objeto

Nesse sentido, o § 2º do art. 1.037 estabelece que “*É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do caput.*”

Em outras palavras, a finalidade da decisão de afetação é permitir que o julgamento paradigmático se dê, exclusivamente, em relação à questão de direito que se apresenta de forma repetitiva.

Tanto é assim que, por força do § 7º do art. 1.037 do NCPC, quando os recursos “*contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.*”

Em outras palavras: deverão ser proferidos acórdãos distintos. Um exclusivamente para equacionamento da questão paradigmática. Outros para o julgamento dos demais temas, individualizados nos casos afetados para julgamento representativo.

Não havia, no CPC/73, tal determinação. Caso seja seguida à risca conferirá caráter mais didático à formalização dos julgamentos de casos representativos, facilitando sua leitura e compreensão pelos seus destinatários, interessados e profissionais do foro.

5.12 Reconsideração do sobrestamento

A lei nova prevê, por outro lado, a possibilidade de reconsideração da decisão de sobrestamento de processos, regra anteriormente inexistente.

Para tanto, basta que seja demonstrado, pela parte interessada, a distinção entre a “*questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado*” (art. 1.037, § 9º do NCPC).

O requerimento de reconsideração do sobrestamento deve ser endereçado ao juiz (se o processo estiver em primeira instância), ao relator no tribunal de origem, ao relator do acórdão recorrido (se for sobrestado recurso especial ou extraordinário no tribunal de origem) ou ao relator no tribunal superior, se o feito estiver ali tramitando (art. 1.037, § 10).

Fica suprida, com isso, lacuna antes existente, dada a omissão, no sistema antecedente, a esse respeito.

Ademais, a negativa de reconsideração quanto ao sobrestamento renderá ensejo, conforme o caso, a agravo de instrumento ou a agravo interno, nos termos do art. 1.037, § 13 do NCPC.

5.13 Preferência pelo julgamento do mérito dos recursos de sobreposição

Dentro da diretriz, antes já noticiada, de combater a chamada jurisprudência defensiva, traz a nova codificação parâmetros normativos que favorecem, antes de tudo,

o julgamento do mérito da questão de direito federal ou constitucional submetida ao conhecimento do STJ e do STF.

Ou seja, entre duas opções imagináveis – obstar o exame do mérito do recurso ou permitir que ele ocorra – sinaliza o legislador para a segunda, mesmo diante de situações que, em visão ortodoxa, levariam à inadmissibilidade do recurso.

Essa sensível mudança de parâmetro de atuação dos tribunais superiores se verifica em oportunidades distintas.

Por primeiro, a desistência do recurso já afetado para julgamento como representativo de controvérsia não impede o exame da questão de direito federal ou constitucional. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 998 do NCPC estabelece que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

A matéria vinha antes sendo discutida, havendo posicionamento, em julgados do STJ, na vigência do CPC/73, no sentido de que a desistência do recurso após sua afetação para julgamento como paradigmático não impedia o exame da questão federal debatida no recurso especial.⁴¹

A solução trazida pelo legislador, portanto, encontra posicionamento intermediário, admitindo a desistência do recurso, determinando, entretanto, o seguimento do processo para fins de exame da questão constitucional ou infraconstitucional cujo julgamento tenha sido afetado, por força do reconhecimento de repercussão geral ou em função do caráter repetitivo nela antes reconhecido.

Conferir-se enquadramento teórico a essa alternativa não parece ser tarefa simples. Afinal, o que o legislador passa a admitir, ainda que isso não seja dito expressamente na lei, é que a questão constitucional (no recurso extraordinário) ou federal (no recurso especial) seja apreciada no STF ou no STJ, respectivamente, em recurso a respeito do qual o recorrente manifestou sua desistência. E, convenhamos, por mais que tais recursos não sejam simples meio de impugnação, como os recursos ordinários o são (agravo de instrumento, apelação), o fato é que mesmo as Cortes Superiores não prestam jurisdição de ofício, sem que haja uma provocação pelos interessados, através dos mecanismos próprios.

Tal raciocínio é acertado, mas o novo sistema processual cria uma exceção a essa lógica. E tal exceção está presente na hipótese ora analisada.

⁴¹ Nesse sentido, a decisão proferida na QO no REsp 1063343 / RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/12/2008, com a seguinte ementa: “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. – É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução nº 08/08 do STJ.” Há julgados posteriores mitigando tal entendimento. Confira-se o que foi decidido no REsp 1210979 / MG, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11/2/2014, no qual foi acolhida desistência do recurso, ficando consignado, entretanto, voto vencido dos Ministros Nancy Andrighi e Sidnei Beneti.

Em outros termos, no plano da função nomofilática dos tribunais superiores, em princípio sem recurso não há prestação jurisdicional. Em outras palavras: admitir o exame da questão constitucional ou federal mesmo diante da desistência do recurso é solução que muito se aproxima a uma atuação “*ex officio*” das Cortes Superiores.

Seja como for, essa atuação oficiosa está autorizada no caso em exame. Uma vez proferida a decisão de afetação para exame de questão constitucional ou federal repetitiva, ou de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, a desistência do recurso não impedirá que aquela questão seja examinada.

A lei cinde claramente, portanto, o exame da questão de direito e a aplicação do direito à espécie: havendo desistência do recurso extraordinário ou especial afetado, haverá exame da questão de direito, mas não prosseguirá o tribunal superior na fase subsequente do julgamento, consistente na aplicação do direito à espécie naquele caso a respeito do qual se operou a desistência.

Correto será reconhecer ainda, em tal situação, que a desistência manifestada pelo recorrente terá produzido o trânsito em julgado da decisão recorrida, antes mesmo do julgamento do STF ou do STJ quanto à questão que foi afetada para exame no recurso repetitivo.

Tal orientação do legislador, ainda que de complexo enquadramento na lógica tradicional da sistemática dos recursos, apresenta a vantagem de preservar, do ponto de vista do recorrente, a disponibilidade do direito, assegurando-lhe, tanto quanto a lei assegura a possibilidade de recorrer, a faculdade de dispensar a revisão da decisão que lhe foi desfavorável, e contra a qual inicialmente optara por recorrer.

Nessa mesma linha, o art. 1.040, §§ 1º, 2º e 3º do NCPC, assegura ao autor, no processo que foi suspenso em primeiro grau de jurisdição, a possibilidade de desistir da ação, antes de proferida a sentença, independentemente de anuência do réu, se a questão a ser examinada neste feito sobrestado for idêntica àquela resolvida em recurso representativo da controvérsia.

Preserva-se, com isso, a opção daquele que provocou a instauração do processo, por abdicar da prestação jurisdicional que, com alguma chance, pode se lhe apresentar desfavorável.

Salvo melhor análise, a ideia que alimenta essa diretriz guarda relação com a própria valorização dos precedentes e da jurisprudência no novo sistema processual.

Compreenda-se: diante de tese firmada em determinada questão jurídica é provável que muitas ações não sejam propostas, tendo em vista a expectativa de improcedência. Se os titulares do direito podem optar por sequer propor a ação, por que não lhes assegurar o exercício da faculdade de desistir de ações já propostas, mesmo sem o consentimento do réu, ante a nítida perspectiva do insucesso?

Verdade que, tanto no sistema atual, como na nova codificação, a desistência da ação após a citação, em regra, depende da anuência do réu, pois o sistema processual assegura a este o direito ao julgamento do mérito (art. 267, § 4º CPC/73; art. 485, § 4º, NCPC).

No contexto da valorização dos precedentes, entretanto, a questão ganha outra dimensão.

O que o legislador deseja é que seja efetivamente prestigiado o posicionamento dos tribunais, o que se dá, de forma qualificada, nos julgamentos repetitivos. Aqui, admitir a desistência, mesmo sem a anuência do réu, significa conferir ao autor a possibilidade de aderir, espontaneamente, ao direito, nos termos do entendimento firmado quando do julgamento de recurso representativo de controvérsia.

Por outro lado, com o escopo de favorecer o exame do mérito, ou seja, das questões de direito constitucional ou federal, submetidas ao STF e ao STJ, a nova lei dispensa a ratificação de recursos especiais ou extraordinários que tenham ficado sobrestados por força de afetação de outros casos para julgamento paradigmático (art. 1.041, § 2º do NCPC), permitindo, portanto, que outras questões, além daquelas, objeto do exame em caráter repetitivo, sejam submetidas às Cortes Superiores.

Nesse sentido estipula o art. 1.041, § 2º, que após o reexame na origem, para aplicação da tese fixada pelo tribunal superior, deverá o presidente do tribunal recorrido “*independentemente de ratificação do recurso ou de juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões*”.

Em outras palavras: o STF ou STJ fixam a tese; o tribunal local reexamina o caso sobrestado, para aplicar a tese fixada no tribunal superior; superada essa fase, os autos são remetidos ao STF ou STJ, conforme o caso, para exame da admissibilidade do recurso pendente (extraordinário ou especial), naquilo que sobejar a matéria já examinada em caráter repetitivo.

Não há, portanto, necessidade nem de reiteração, nem de cisão, para exame de outros aspectos do recurso pendente, se este, em virtude da vinculação lógica existente entre as questões impugnadas, não estiver prejudicado.

Anote-se, entretanto, que sequer o exame da hipótese de estar prejudicado o recurso será feito na origem, pois o art. 1.041, § 2º, impõe a remessa do feito ao tribunal superior competente “*independentemente de ratificação ou de juízo de admissibilidade*”. O exame da admissibilidade, enfim, será feito na Corte Superior.

Nessa mesma linha, ou seja, favorecendo o exame da questão de direito pela Corte Superior, cuida o art. 1.044, § 2º do NCPC, de uma situação relativamente frequente: a oposição de embargos de divergência por uma parte, após a interposição de recurso extraordinário, contra decisão proferida no STJ, pela parte contrária.

Nesse caso, se não houver modificação do julgado, fica dispensada a necessidade de ratificação do recurso extraordinário interposto antes dos embargos de divergência.

A razão é simples: os fundamentos do inconformismo persistem, e já foram externados pela parte que interpôs o recurso extraordinário. A exigência de reiteração (ratificação), na lógica estabelecida, na vigência do CPC/73, pela súmula nº 418 do STJ, não faz qualquer sentido, sendo mero formalismo.⁴²

⁴² Embora tratando de situação distinta, a lógica da súmula nº 418 do STJ passou a ser aplicada fora do caso nela versado. Recordemos que, em conformidade com aludido verbete, “é inadmissível o recurso especial

Aliás, acertadamente o STF reviu seu entendimento nessa matéria, quando do julgamento do Agravo 703269, em 5/3/2015, acolhendo o entendimento esposado pelo relator, Ministro Luiz Fux, no sentido de que o denominado “recurso prematuro” deve ser considerado tempestivo.

6 A título de conclusão

Não se pretendeu, neste estudo, realizar exame aprofundado e exauriente de cada um dos inúmeros tópicos em que o NCPC modificou o sistema recursal. O espaço e o tempo, para tanto, não seriam suficientes nesta oportunidade.

Assumiu-se, inequivocamente, a intenção de realizar, numa abordagem inicial, uma análise crítica e comparativa dos pontos mais importantes em que, no cotejo entre o antigo e o novo código, de forma mais nítida se mostra o relativo distanciamento assumido nos contornos do tratamento do sistema recursal.

Esses inúmeros aspectos serão motivo, certamente, para estudos específicos que irão muito além desta abordagem inicial.

Esperamos, entretanto, que esta primeira análise permita, àquele que se dedicar à leitura geral do novo sistema, uma boa dose de realidade a respeito daquilo que nos reservará a nova codificação a partir da sua entrada em vigor.

Referências

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília: Senado Federal, Secretaria das Edições Técnicas, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. IV.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.