

Os “Quora” nos Tribunais Superiores e a Legitimidade de seus Precedentes: a Decisão sobre o Recurso Prematuro no Superior Tribunal de Justiça

Nelson Rodrigues Netto

Pós-Doutor em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), das Faculdades Santa Rita de Cássia, e do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário: 1 - Introdução. 2 - O Recurso Prematuro. 2.1 - O precedente invocado para a formulação da tese do Recurso Prematuro. 2.2 – Início do prazo recursal com a ciência inequívoca da decisão. 2.3 – A tese do recurso prematuro no Supremo Tribunal Federal. 2.4 – A tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça. 3 - O quórum da Sessão de Julgamento do Recurso Especial nº 776.265. Referências Bibliográficas.

1 - Introdução

Lendo o jornal “O Estado de São Paulo” nos deparamos com a manchete: “Quórum baixo contamina Supremo e esvazia pauta de julgamentos”. O texto relatava que apenas ¼ das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal contaram com a presença da totalidade de seus membros, até aquela data, 10 de maio de 2009.

A jornalista subscritora da matéria asseverava que o baixo quórum nas sessões, problema tradicional do Congresso Nacional, havia atingido o STF, fato que estaria protelando o julgamento de temas relevantes para toda a sociedade, como por exemplo:

“1) se gestantes que geraram fetos com anencefalia têm o direito de interromper a gestação ou não; 2) se servidores públicos que mantêm relações homoafetivas têm os mesmos direitos que os heterossexuais ou não; 3) se a Lei de Anistia poderia beneficiar ou não policiais e militares que participaram de crimes como torturas, mortes e desaparecimentos forçados; 4) a regra para quando um governador e seu vice são cassados, pois não há consenso se o substituto deve ser o segundo colocado na eleição ou se deve ser realizada nova votação; 5) como proceder quando um estrangeiro obteve o status de refugiado e sua extradição é requerida”.

Posteriormente, na edição de 12 de maio do diário, o corregedor do Conselho Nacional de Justiça e ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, apesar de reconhecer que o ideal é que a composição de qualquer tribunal esteja sempre completa, afirmou que as ausências não ameaçariam a legitimidade das decisões.

É verdade que se fosse exigida a participação de todos os membros de órgãos jurisdicionais colegiados, compostos por número relevante de membros, certamente o seu funcionamento seria prejudicado e, por conseguinte, uma prestação jurisdicional eficiente não seria alcançada, redundando na violação do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Entretanto, não escamoteia a realidade o fato de que a redução dos membros do órgão colegiado pode vir a macular a legitimidade de uma decisão, ou por outras, a sua representatividade, notadamente, em casos em que há divergência sensível quanto ao seu resultado.

Não estamos afirmando a necessidade de que todo julgamento deva ser proclamado à unanimidade, o que seria um absurdo; tampouco afiançamos que a presença da totalidade dos membros do colegiado impediria a divergência. Ponderamos que a legitimidade de uma decisão colegiada resta imaculada quando proferida pela integralidade de seus membros, impedindo quaisquer questionamentos sob esse aspecto, nada obstante, no tocante ao seu conteúdo dela se possa discordar.

2 – O Recurso Prematuro

2.1 – O precedente invocado para a formulação da tese do Recurso Prematuro

No Supremo Tribunal Federal, no particular do tema do recurso prematuro, não vamos nos defrontar com divergência entre os membros da Corte, vez que os resultados

têm sido aclamados por unanimidade, inclusive com diversas decisões singulares de relatores.

A análise da jurisprudência do STF se justifica, entretanto, porque é neste Tribunal que vamos localizar a origem da teoria do recurso prematuro.

O acórdão que, em diversas oportunidades, tem sido invocado como o mais antigo julgado relativo ao tema do recurso prematuro, é o do Recurso Extraordinário nº 86.936.

A decisão é da década de 70, tendo sido proferida pela 2ª Turma, relatada pelo ministro Cordeiro Guerra, e acolhida por unanimidade em 18 de outubro de 1978 (DJ 20.10.1978), cuja ementa, no que nos interessa, transcrevemos em seguida:

“O termo inicial do prazo para recorrer extraordinariamente pressupõe que o acórdão tenha sido lavrado, assinado e publicadas as suas conclusões, não bastando a simples publicação da notícia do julgamento, ainda que em minuciosa súmula do decidido. Intempestividade não reconhecida”.

Da ementa já se pode constatar que houve a rejeição de requerimento para que o recurso extraordinário fosse inadmitido por intempestividade.

Realmente, foi rejeitada a preliminar de intempestividade, pois havia se pretendido que o termo inicial para a interposição do recurso fosse o da data da publicação da notícia do julgamento, e não o da data da publicação da íntegra do acórdão. Confira-se um trecho do voto do relator:

“Tempestivo é o primeiro recurso extraordinário, pois a publicação a que se reporta o recorrente, diz respeito, apenas, à notícia do julgamento, e não à publicação do acórdão recorrido. Desta é que deflui o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Lê-se na publicação de fls. 466, aliás, minuciosa, que foi designado para lavrar o acórdão o Exmo. Sr. Desembargador José Maria de Queiroz. Óbvio, portanto, que dela não poderia recorrer extraordinariamente a parte, já que desconhecidos eram os fundamentos do julgado”.

O que é importante destacar é que essa decisão está alicerçada em razões que não se prestam como fundamento para os julgamentos dos recursos prematuros. Como

veremos, os acórdãos que decretam a prematuridade da interposição de recursos estão em conflito, ou ao menos, discrepam sensivelmente, desse suposto *leading case* do STF.

Passemos à análise de cada um dos fundamentos do acórdão do RE nº 86.936, para apontar os seus verdadeiros alcances.

A primeira premissa adotada é a de que a mera notícia do julgamento do recurso de apelação, mesmo que publicada no órgão oficial, não se constitui como termo inicial para a interposição do recurso extraordinário.

Neste ponto, o relator destaca um aspecto lógico: apesar da notícia do julgamento da apelação, ainda não se conheciam os seus fundamentos, de sorte que o recorrente não poderia se insurgir contra a decisão. Seria impossível, nesse momento, atender o princípio da dialeticidade recursal, apresentando o recorrente as razões em que embasaria seu pedido de reforma ou de anulação do julgado.

Contrario sensu, é razoável inferir que a Suprema Corte admitiria a interposição do recurso extraordinário, uma vez que o recorrente tivesse condições para tanto, ou seja, desde que já fossem conhecidos os fundamentos do acórdão da apelação. Realmente, em momento algum, o ministro Cordeiro Guerra afirmou que o recorrente, mesmo ciente do conteúdo da decisão recorrida, estivesse impedido de recorrer, devendo aguardar a publicação de seu acórdão.

A segunda premissa do acórdão é a de que, no caso concreto, o controle da tempestividade do recurso extraordinário exigia a prova de que o recorrente estava ciente do início do prazo para sua interposição. Essa prova é a intimação, ato processual que leva ao conhecimento das partes a existência de um ato ou fato do processo para que façam ou deixem de fazer algo, conforme preceituado pelo art. 234, do CPC.

Sustentado nas premissas acima, o acórdão houve por concluir que o recurso extraordinário não poderia ser considerado intempestivo, pois fora interposto dentro do prazo legal, contado a partir da intimação do acórdão da apelação.

2.2 – Início do prazo recursal com a ciência inequívoca da decisão

Em perfeita harmonia com o conteúdo do acórdão do RE nº 86.936, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que a ciência inequívoca da decisão tem o condão de dar início ao prazo legal para a interposição de recurso, restando dispensada a intimação para a prática do ato processual.

A Suprema Corte aplicou o princípio da instrumentalidade das formas, admitindo a validade do ato processual se o seu objetivo for alcançado, a despeito de praticado de modo diferente do modelo legal (arts. 154, 244 e 248, do CPC).

A decisão precursora dessa orientação foi proferida no Recurso Extraordinário nº 98.561, 2ª Turma, votação unânime, julgado em 25 de maio de 1986 e publicado no Diário da Justiça de 31 de outubro de 1986. O relator, ministro Djaci Falcão, assim se manifesta:

“Com a retirada dos autos do Cartório do Tribunal, no dia 15.08.80 (sexta-feira), pelo Chefe do Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, houve inequívoca ciência das decisões, com força de intimação. A retirada dos autos equivale a intimação, sob pena de se tratar desigualmente as partes litigantes”.

O eminente relator invoca a lição de Moniz de Aragão que, ao comentar o art. 240, do CPC, acentua:

“Partindo do princípio de que o objetivo da intimação é dar conhecimento à parte, entendem os tribunais que ela se faz dispensável quando o advogado tinha notícia inequívoca do ato, antes mesmo de ser intimado, razão não existindo, seja para aguardar a publicação no órgão oficial, seja para exigir a formalização da intimação, pelo escrivão ou oficial. Assim sucede, por exemplo, se os autos foram retirados do cartório com carga, neles constando algum ato já praticado ou despacho já proferido, de que devesse ocorrer a intimação. Nesse caso, a partir do momento da retirada dos autos, houve a ciência do quanto neles se passara ou se encontra, independente de intimação. A ciência inequívoca é o quanto basta. Se o interessado desenvolve qualquer atuação que importe em revelar conhecimento do conteúdo dos autos, não há necessidade de se proceder à sua intimação nem poderá exigi-la, a fim de se considerar no dever de praticar algum ato. Trata-se de corolário das regras que informam a ocorrência da preclusão: praticado um ato incompatível com o desconhecimento de outro, reputa-se preclusa a faculdade de exigir que dele seja feita a intimação, a fim de que os efeitos desta se repute alcançados. A disposição contida no texto [o artigo 240, do Código de Processo Civil], portanto, não pode ser entendida como se erigisse a intimação em ato

meramente formal e indispensável, capaz de transformar o conceito que lhe é próprio. Se o interessado já está ciente de modo inequívoco, a intimação perde o objeto e não é a partir desta, mas de outra ocasião que o prazo correrá”.¹

O Superior Tribunal de Justiça segue na mesma toada, mantendo uniforme o entendimento, com caudalosa jurisprudência, motivo pelo qual transcrevemos, apenas para exemplificar, trecho de um julgado recente:

“1. O termo *a quo* do prazo para interposição de agravo de instrumento, instituído pelo art. 522 do CPC, contra liminar concedida *inaudita altera pars*, começa a fluir da data da juntada aos autos do mandado de citação, exceto na hipótese de comparecimento espontâneo aos autos ou retirada dos mesmos de cartório, pelo advogado da parte, formas de inequívoca ciência do conteúdo da decisão agravada, fluindo a partir daí o prazo para a interposição do recurso. Precedentes do STJ (...). 2. “A regra geral do artigo 241 do CPC não exclui, mas ao revés, convive, com outras hipóteses especiais em que se considera efetivada a intimação. Nesse sentido, enquadra-se a teoria de ‘ciência inequívoca’. Assim, inicia-se o prazo da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença, como, *v.g.*, a retirada dos autos do cartório, o pedido de restituição do prazo, etc”. (FUX, Luiz; *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, pág. 358). (...). (STJ - AgRg no Resp. nº 1.055.100, 1ª T., rel. min. Luiz Fux, *v.u.*, j. 17.03.2009, DJe 30.03.2009).

Processo significa, etimologicamente, uma ação avante, um ir adiante, e teleologicamente, visa resolver um conflito de interesses submetido ao Estado. A sua marcha, portanto, está sujeita a um regime de preclusão estabelecido pelo art. 183, do CPC, que preceitua que decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato processual, salvo prova de justa causa para a inação. Trata-se da denominada preclusão temporal.

Por outro lado, a intimação serve para comunicar à parte, fato ou ato processual em face do qual, a prática de outro ato estará sujeita a prazo, sob pena de preclusão.

¹ Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2004, vol. II, pp. 276/7.

Havendo ciência inequívoca da parte a quem incumbe o fazer ou o não fazer, fica dispensada a intimação, e o prazo para o ato processual tem início no momento da referida ciência. Seria redundante a comunicação do ato processual, por meio de intimação, se a parte dele já tem conhecimento. Mais ainda, configuraria desperdício de tempo e recursos financeiros, indo de encontro com o princípio da economia processual.

As teses jurídicas que derivam dos acórdãos dos Recursos Extraordinários nº 86.936 e nº 98.561 são coerentes, pois estabelecem que o controle da tempestividade do recurso é feita ou por meio da intimação da decisão recorrida, ou pela demonstração de que o recorrente tem, inequivocamente, ciência dessa decisão, fatos que marcam o termo inicial do prazo recursal propiciando, com precisão, determinar o seu momento final.

2.3 – A tese do recurso prematuro no Supremo Tribunal Federal

O rompimento na coerência de orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal surge com a formulação de uma nova tese relativa à tempestividade recursal: a do recurso prematuro.

A jurisprudência é remansosa, razão pela qual vamos adotar como objeto de nosso estudo acórdão que contém bem descritos os fundamentos da teoria do recurso prematuro, cuja ementa transcrevemos:

“E M E N T A: Ação Direta de Inconstitucionalidade - Embargos de Declaração - Extemporaneidade - Impugnação recursal prematura, eis que deduzida em data anterior à da publicação do acórdão consubstanciador do julgamento - Recurso destituído de objeto - Não-conhecimento dos Embargos de Declaração.

A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações (impugnação prematura ou oposição tardia), a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. A simples notícia do julgamento, mesmo tratando-se de decisão proferida em sede de controle normativo abstrato, não dá início à fluência do prazo recursal, nem legitima a prematura interposição de recurso, por

absoluta falta de objeto. Precedentes”. (STF – Pleno. Emb.Decl. na MC na ADin nº 2.075-RJ, rel. min. Celso de Mello, v.u., j. 22.02.2001, DJ 27.06.2003).

Segundo a tese do recurso prematuro, a publicação de um acórdão “gera efeitos processuais específicos” e concomitantes, a saber: (i) formaliza a sua integração ao processo; (ii) confere-lhe existência jurídica; e, (iii) fixa-lhe o seu conteúdo material. Acrescente-se que, por derivação de sua inexistência, ausência de conteúdo e, por não estar no processo, a tese afirma que o recurso interposto, antes da publicação do acórdão recorrido, teria “falta de objeto”.

O termo acórdão oferece duas acepções: ato e documento. É acórdão, como ato processual, e melhor ainda, como ato judicial, o julgamento proferido pelos tribunais, consoante o art. 162, §2º, do CPC. Igualmente, a documentação desse ato judicial leva o nome de acórdão.

O acórdão como pronunciamento judicial surge no processo, desde o momento em que o presidente do colegiado anuncia o resultado do julgamento, conforme o art. 556, do CPC. Logo, não é a publicação que o torna existente, tampouco fixa seu conteúdo.

A redação do acórdão (documento) é feita pelo relator, ou se este for vencido, pelo julgador, autor do primeiro voto vencedor, ainda consoante o art. 566. O acórdão-documento após lavrado terá suas conclusões publicadas no órgão oficial (art. 564, do CPC).

Neste ponto, cabe esclarecer que a decisão já é *pública* desde o momento que foi proclamado o seu resultado, em sessão aberta e *pública* de julgamento. Acaso assim não fosse, estar-se-ia violando o princípio da publicidade que governa o processo, instrumento *público* de prestação de tutela jurisdicional (art. 93, IX, da Constituição Federal, e art. 155, do CPC). Estão vedadas, inclusive, alterações dos votos ou do resultado, salvo se for para correção de erros materiais ou por ser acolhido pedido formulado em embargos de declaração (art. 463, do CPC).

A tese do recurso prematuro mistura a publicidade inerente aos atos processuais e que surge, especificamente com relação aos pronunciamentos colegiados dos tribunais, desde a sessão de julgamento, com a sua respectiva intimação, ato processual de comunicação de atos e fatos do processo (art. 243, do CPC).

A parte sucumbente não está obrigada a interpor recurso de uma decisão antes de ser intimada (art. 242, do CPC), ressalvada a hipótese, como vimos no item anterior, de a intimação ser dispensada porque a parte já tem ciência inequívoca de ato processual em face do qual deve agir dentro de um lapso temporal, sob pena de não mais o poder fazer por causa da incidência da preclusão temporal (art. 183, do CPC).

Assim, a intimação para interposição de recurso contra decisão proferida em acórdão, de acordo com os arts. 242 e 506, do CPC, ocorre com a publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial (art. 506, III, na redação da Lei nº 11.276/06).

Em acréscimo, a praxe demonstra que o prazo de 10 dias para a publicação do acórdão no órgão oficial raramente ocorre, sendo certo que frequentemente, ao acórdão-ato soma-se o acórdão-documento nos autos do processo muito tempo antes de sua publicação, fato que propicia, desde então, a interposição do recurso.

Vale recordar que o suposto precedente da tese do recurso prematuro, o RE nº 86.936, jamais impediu que o recurso extraordinário fosse interposto antes da publicação do acórdão recorrido, mas apenas fixou que o termo final do prazo, dentro do critério legal, somente poderia, no caso concreto, ser aferido a partir da contagem do prazo cujo termo inicial era o da intimação de sua publicação.

A afirmação de que o recurso é intempestivo, extemporâneo, porque interposto antes do início do prazo processual é o ponto mais insólito da tese já que confronta com a efetividade, a celeridade, a economia, princípios que norteiam o processo.

A lei estabelece que os atos processuais devem ser praticados dentro dos prazos legais (art. 177, do CPC), e ressalvada a convenção entre as partes com relação a prazos dilatórios, os prazos não se reduzem nem se ampliam, sendo peremptórios (arts. 181 e 182), donde advém a preclusão no seu praticar.

A preclusão tem por finalidade provocar o andamento do processo para que possa atingir seu fim de solucionar o conflito de interesses, de modo que impede a renovação do ato ou a sua prática depois de decorrido o prazo legal. Assim, o que é relevante é o momento final do prazo, ultrapassado o qual se segue a marcha processual. É certo que para se fixar um termo final é necessário haver um marco inicial. Todavia, nada impede a parte praticar um ato processual antes de ser intimada, e se pratica o ato que lhe incumbe é porque tem conhecimento de seu antecedente.

Analisando o tema sob outro ângulo, a afirmação de que o recurso não tem objeto porque não houve a publicação do acórdão, equivale a uma contradição em seus

próprios termos. Nada demonstra mais cabalmente a existência de objeto recursal que a sua interposição. Se o recorrente consegue deduzir pedido de reforma (ou anulação) da decisão, fundamentado em razões de fato e de direito, isso significa que o acórdão, com seus fundamentos, já lhe é conhecido. Caberia, quando muito e em sendo o caso, ao órgão julgador, ultrapassado o juízo de admissibilidade, julgar o mérito para prover ou negar provimento ao recurso.

Revela que a interpretação que o STF tem dado à contagem de prazo para fins de aferição da tempestividade recursal afasta-se das regras e princípios processuais, consistindo, pura e simplesmente, em mecanismo ilegítimo para impedir o conhecimento de recursos.

A despeito de tratar de decisão monocrática, é possível haver um certo alento em na superação dessa odiosa interpretação na Suprema Corte, como se verifica da ementa abaixo reproduzida:

“EMENTA. Agravo regimental contra decisão de relator que, por intempestividade, negou seguimento a outro agravo regimental. Recurso não ratificado oportunamente.

Conforme entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação do acórdão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que o antecede. Entendimento que não se aplica no caso de decisão monocrática, a cujo inteiro teor as partes têm acesso nos próprios autos, antes da respectiva publicação. Recurso provido para, afastada a intempestividade do primeiro agravo, dar-se-lhe seguimento.” (STF – Pleno. Ação Originária Ag.Reg. em Ag.Reg. nº 2.075-RJ, rel. min. Carlos Brito, v.u., j. 16.06.2005, DJ 17.03.2003).

No debate na sessão de julgamento, os ministros esclareceram que as decisões monocráticas são automaticamente disponibilizada na Internet antes mesmo de serem acostadas aos autos, o que não ocorreria com os acórdãos.

2.4 – A tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça fixou orientação no sentido de que é prematura a interposição de recurso especial, enquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos contra a decisão recorrida. Esta linha jurisprudencial discrepa, em boa medida, da interpretação sobre a tempestividade recursal estabelecida no Supremo Tribunal Federal.

Apesar de forte divergência entre os ministros, o acórdão proferido no Recurso Especial nº 776.265 é o que consolidou a tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça, seguindo-se abaixo sua ementa:

“E M E N T A: Processual Civil. Recurso Especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento.

É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instancia ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. Recurso especial não conhecido”. (STJ – Corte Especial. Emb.Decl. na MC na ADin nº 2.075-RJ, rel. min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/acórdão min. Cesar Asfor Rocha, m.v., j. 18.04.2007, DJ 06.08.2007).

Apesar do relator para o acórdão invocar vários precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos a tese do recurso prematuro, o objeto da discussão, bem como os seus fundamentos, são distintos daquela Corte.

No STJ, a tese do recurso prematuro desdobra-se na tese do recurso reiterado. A controvérsia envolve a interposição de recurso especial, tendo sido, ou vindo a ser, interpostos embargos de declaração. Neste Tribunal Superior não há discussão relativa à interposição do recurso antes de sua intimação pela publicação do acórdão recorrido, mas apenas que o recurso especial interposto deverá ser reiterado, acaso venham a ser opostos embargos de declaração. Ao contrário, no STJ, esta interpretação não é aplicada.²

A tese do recurso prematuro e não reiterado se alicerça em dois fundamentos: (i) descumprimento do requisito do exaurimento das instâncias ordinárias; e, (ii) interposição de recurso, enquanto interrompido o prazo processual. Como consequência,

² “A interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ pode, a partir de agora, ser realizadas antes da publicação dessas decisões na imprensa oficial.”(STJ – Corte Especial, Emb.Decl. no AI nº 522.249, rel. min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, m.v., DJ 23.10.2006).

o Superior Tribunal de Justiça exige que o recurso especial seja reiterado depois do julgamento dos embargos de declaração, sob pena de não ser conhecido.

O exaurimento das instâncias ordinárias é requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário, derivado da interpretação da Constituição Federal que, na redação atual, estabelece que somente cabe recurso de decisão de única ou última instância (art. 102, III, *caput*, da CF). A tese é antiga e consagrada na Súmula do STF, enunciado nº 281: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem recurso ordinário da decisão impugnada”. Não existe no Brasil o recurso *per saltum*, forma de interposição de recurso para tribunal superior, *saltando* o 2º grau de jurisdição, modelo que é encontrado em outros países como Argentina, Estados Unidos, Portugal, Itália e Alemanha.

Em virtude da similitude de regime jurídico, e de previsão constitucional semelhante (art. 105, III, *caput*, da CF), o recurso especial também somente pode ser interposto de decisão de única ou última instância. Nesta linha, o verbete nº 207, do STJ, dispõe: “É inadmissível o recurso especial, quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

É preciso esclarecer, entretanto, que pelo princípio da correspondência, somente são cabíveis embargos de declaração quando há na decisão omissão, contradição ou obscuridade. Esta espécie recursal tem requisitos de admissibilidade fáceis de serem preenchidos, de sorte que, normalmente, são conhecidos, o que não significa dizer que, com mesma frequência, são providos no mérito. O recorrente deve observar a tempestividade, a regularidade formal, e no tocante ao cabimento, basta alegar a existência da omissão, da contradição ou da obscuridade na decisão recorrida. A efetiva existência de qualquer desses vícios importa no provimento do recurso, acolhendo-se o pedido recursal.

Em relação ao seu procedimento, atualmente, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outro recurso que, pela natureza da decisão ou do vício de que padece, possa caber, afora da hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Assim, a parte que não identifica vício que corresponde aos embargos de declaração, deverá, ao ser intimada da decisão, interpor o recurso correspondente, *v.g.*, apelação contra sentença ou agravo contra decisão interlocutória.

A interposição de recurso especial visando atacar omissão, contradição ou obscuridade da decisão importa em violação do princípio da correspondência, havendo

discrepância entre o vício da decisão e o recurso cabível que não é pertinente, logo não é cabível. Nesta hipótese, o recurso especial poderia não ser conhecido por não ser cabível.

Por outro lado, se o recorrente não divisa aqueles vícios, e corretamente, impugna um acórdão por, segundo suas alegações, estar diante de qualquer uma das hipóteses constitucionais de cabimento do recurso especial, não há o que se falar em ausência do preenchimento do requisito de exaurimento de instância. Não há outro recurso a ser interposto antes do recurso especial.

Agora comporta verificar o outro fundamento, utilizado para a tese do recurso prematuro no Superior Tribunal de Justiça.

O acórdão afirma que por estar interrompido o prazo recursal, a parte não poderia ter deduzido seu recurso especial. Primeiramente, a interrupção do prazo significa que esse será integralmente computado, assim que superado o fato processual que lhe deu causa. Não impede, todavia, a prática de atos processuais, que produzirão seus regulares efeitos, na forma do art. 158, do CPC, assim que levantada a interrupção do prazo processual.

Além disso, o termo inicial para a interposição dos embargos de declaração coincide com o do recurso cabível, quando não se tratar das hipóteses de cabimento dessa primeira espécie recursal. É bastante comum, portanto, que a parte interponha recurso, sem ao menos saber que foram opostos embargos de declaração contra a decisão guerreada, de sorte que ela não pode ser prejudicada por tal fato. Nesse sentido, a manifestação, vencida, do ministro Luiz Fux.

“Na essência, uma parte vai ser prejudicada porque a outra precisou de esclarecimento e ela se deu por esclarecida. Então, ela ofereceu seu recurso especial. E a outra, que precisava ainda se esclarecer, ofereceu embargos de declaração. Então, se entendemos que o recurso especial de quem interpôs em primeiro lugar, e tem necessidade de um esclarecimento, fica considerado intempestivo porque os embargos de declaração da outra parte ainda não foram julgados, isso é o mesmo que imputar a uma parte o prejuízo causado pela outra. Então, cada parte cuida de seu recurso; se não há necessidade de a outra parte aguardar o esclarecimento de que a outra pleiteou tanto que ela se encontra

plenamente esclarecida, por isso que recorreu, não se pode considerar o seu recurso intempestivo”.

O próprio relator para o acórdão vislumbra essa possibilidade, conquanto afaste a solução consentânea com o raciocínio expendido, ao afirmar: “Ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do apelo nobre.”

Por último, a ilação de que é necessário reiterar-se o recurso especial, depois da intimação da decisão dos embargos de declaração, sob pena de não ser conhecido por intempestividade (sua interposição havia sido prematura), é ilegítima por dois pontos.

Primeiro, há a criação pretoriana de requisito de admissibilidade que não consta da lei, violando-se o princípio recursal da taxatividade e o princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que compete privativamente à União Federal legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF).

Segundo, viola o princípio recursal da personalidade, que reflete o princípio processual dispositivo (art. 2º, do CPC). É o recorrente que estabelece, por meio do recurso, a matéria a ser apreciada pelo tribunal (art. 515, do CPC), comportando a existência de recurso total ou recurso parcial (art. 505, do CPC). O recurso é total quando ataca toda a extensão impugnável da decisão. Por outro lado, quando o recorrente, espontaneamente, limita o objeto de seu recurso, não impugnando a decisão recorrida em sua integralidade, surge o recurso parcial.

Logo, mesmo que haja efeito infringente provocado pelo julgamento dos embargos de declaração, que venham incrementar a sucumbência do recorrente, este pode ficar inerte, reconhecendo que seu recurso especial foi parcial.

De outro maneira, acaso o recorrente tenha interesse em impugnar a parcela da decisão que lhe é desfavorável, e que somente foi revelada na decisão dos embargos de declaração, ele poderá contra esta completar seu recurso especial. Há uma mitigação ao princípio recursal da consumação ou preclusão consumativa, pelo qual é vedado ao recorrente modificar seu recurso. Fique ressalvado que o recorrente nada poderá trazer de novo, neste complemento ou novo recurso especial, em relação ao acórdão originariamente proferido e que já fora impugnado.

Em que pese não existir recurso com o perfil dos embargos de declaração em Portugal e na Alemanha, a solução acima preconizada é expressamente adotada em seus

ordenamentos processuais: art. 686, 2ª alínea, do Código de Processo Civil de Portugal, e §517º, da ZPO da Alemanha.

É possível, portanto, complementar-se o recurso especial, mas não há a sua obrigatoriedade, tampouco a possibilidade de sua reiteração. Em vista disso é que discordamos, em parte, do voto vencido do ministro Ari Pargendler que distinguia as situações, exigindo a interposição de novo recurso especial, sob pena de o anterior ficar prejudicado, se houver modificação do julgado, por força da decisão dos embargos de declaração.

Somente poderia se falar em recurso prejudicado, se a alteração produzida pelos embargos de declaração passasse o recorrente de vencido a vencedor, falecendo-lhe, assim, interesse recursal superveniente. Caso contrário, remanesce seu interesse em ter apreciado o seu recurso especial, e pode inexistir interesse em impugnar a nova parcela que se lhe tornou desfavorável, após os embargos declaratórios, permanecendo o seu recurso especial como um *recurso parcial*.

O que não se admite, em hipótese alguma, é a necessidade de reiteração do recurso especial, sob pena de ser considerado intempestivo, por ter sido prematuramente interposto.

3 - O quórum da sessão de julgamento do Recurso Especial nº 776.265

A tese do recurso prematuro foi adotada com grande divergência no seio do Superior Tribunal de Justiça, pois privilegia uma interpretação que procura diminuir o número de recursos, contudo, desviando-se de regras e princípios jurídicos.

O Recurso Especial nº 776.265 foi julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional com competência delegada do Tribunal Pleno, na forma do art. 93, IX, da CF.

A Corte Especial do STJ é constituída de 22 membros (art. 2º, §2º, do Regimento Interno do STJ). Assim, o Superior Tribunal de Justiça que é composto por 33 ministros, pode deliberar em temas de sua composição plenária, com apenas 22 membros.

O quórum de reunião da Corte Especial é a maioria absoluta de seus membros, portanto, 12 ministros (art. 172, *caput*, do RISTJ). Em se tratando de exercício de

atividade jurisdicional, o presidente somente terá voto de minerva ou quando for exigido quórum qualificado dos membros do órgão (arts. 21, VI, e 175, do RISTJ).

No julgamento do Recurso Especial nº 776.265, dos 22 ministros, a maioria foi composta por 7 membros, a minoria por 6 membros, havendo ainda 1 ministro que se afirmou impedido, 3 estavam ocasionalmente ausentes, 3 estavam justificadamente ausentes, e o presidente não participou da votação. Em resumo, constatou-se que a tese do recurso prematuro/reiterado foi acolhida por menos de ¼ dos membros do Superior Tribunal de Justiça.

Se de um lado, pode-se questionar a representatividade ou legitimidade de uma decisão obtida com um quórum proporcionalmente baixo, e que serve de paradigma para o Tribunal e representa precedente para os órgãos inferiores da Justiça comum da União, dos Estados, e do Distrito Federal, por outro lado, confia-se que os advogados militantes no Superior Tribunal de Justiça, os doutrinadores, mas principalmente, os ministros da Corte, possam debater e refletir sobre o tema, propiciando uma posição mais consentânea com as normas que regem os recursos.

Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Moniz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2004, vol. II.
- ARRUDA ALVIM Netto, José Manuel, *Manual de Direito Processual Civil*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2007. Vol. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado?* In, *Temas de direito processual – 7ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107-110.
- _____, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 1, nº 1, abr/2006, p. 38-52
- _____, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 2006, vol. V.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tempestividade dos recursos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 16, jul/2004, p. 9-23.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores e a ratificação necessária (?) de alguns recursos excepcionais*. Revista de Processo.

- São Paulo: RT, nº 167, jan/2009, p. 250-269.
- FUX, Luiz; *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Extemporaneidade de recurso prematuro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 8, nov/2003, p. 58-66.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 40ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY Júnior, Nelson Nery Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10ª Ed. São Paulo, 2008.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Vol. I.