

TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA: RECURSOS NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, PROFERIDA POR NELSON NERY JÚNIOR, PARTE DO “PROJETO SEGUNDA-FEIRA ÀS 18H” REALIZADA EM 21 DE NOVEMBRO DE 2016

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Sejam bem-vindos a mais uma edição do Projeto Segunda-feira, às 18h, uma iniciativa do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, CEAF. E, na edição de hoje, será tratado o tema: Recursos no segundo grau de jurisdição. Convidamos, para a Mesa, a diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Convidamos, também, o nosso professor Doutor Nelson Nery Junior.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Convidamos também o Defensor Público, coordenador da área civil da capital, Alexandre Tavares, aqui representando a Defensora Pública-Geral Christiane Neves Procópio Malard.

PROMOTORA DE JUSTIÇA DANIELLE DE GUIMARÃES GERMANO ARLÉ: Senhoras e senhores, muito boa noite. Professor Doutor Nelson Nery Junior, é uma honra contar com sua presença aqui na nossa casa; Sr. Alexandre Tavares, Defensor Público, coordenador da área civil da capital que, hoje, representa a Defensora Pública-Geral Christiane Neves Procópio Malard, muito obrigada, também, pela sua presença.

O nosso Projeto Segunda-Feira às 18h é um trabalho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, da Escola Institucional, que visa à divulgação do saber jurídico. O CEAF acredita que a educação é a ferramenta mais potente de transformação do Ministério Público e da sociedade a que ele serve. Nós somos servidores do público, Dr. Nelson, assim como a Defensoria, Sr. Alexandre, e cremos que a educação é a forma de estarmos sempre melhorando a nossa atividade. Dr. Nelson Nery Junior comparece hoje aqui para honrar a nossa Casa. E ele vem falar do novo Código de Processo Civil.

Dr. Nelson Nery Junior, tenho certeza que todos já o conhecem, é Doutor e Mestre em Direito pela PUC de São Paulo, é doutor em Direito pela Universität Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg. É também professor titular da PUC de São Paulo e da Unesp. Coordenador do Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos do programa de pós-graduação da PUC de São Paulo, vice-chefe do departamento de Direito da Faculdade de Direito da PUC de São Paulo e sócio fundador, como advogado, do escritório de advocacia Nery Sociedade de Advogados; professor colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária; professor colaborador permanente do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa; membro da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Letras Jurídicas; fundador da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da Associação Iberoamericana de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Civil, da Associação de Direito de Família e de Sucessões. É coautor dos projetos de lei que se converteram na lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, dois importantíssimos instrumentos de atuação do Ministério Público brasileiro.

Assim, Dr. Nery, com enorme gratidão, com o nosso eterno obrigado, o Ministério Público o recebe e deseja a todos os Membros e Servidores do MP, estagiários e operadores do Direito de todos os demais ramos como Defensoria, Magistratura, Advocacia e estudantes de Direito, que possamos ter uma profícua noite de aprendizado. Muito obrigada.

PROFESSOR NELSON NERY JUNIOR: Meu boa noite a todos. Eu me sinto muito honrado em estar aqui em Belo Horizonte hoje, neste evento importantíssimo que o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais promove, Projeto Segunda-feira, às 18h. Quero cumprimentar a Promotora de Justiça Danielle, que é diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MP Minas Gerais; o Sr. Alexandre, que é Defensor Público, representa a Defensoria-Deral de Minas Gerais, aqui conosco; acaba de chegar o Promotor de Justiça Gregório Assagra. Nós nos conhecemos há muito tempo. Hoje, ele representa, talvez, uma das mais importantes partes do Ministério Público no que respeita a formação funcional, nós estamos aqui no

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, e ele tem dado uma colaboração imensa à atuação funcional do Ministério Público, tem manual de atuação funcional, enfim, é um grande formador das bases institucionais de estudos do Ministério Público. Então, os nossos cumprimentos ao MP de Minas Gerais através da pessoa do Promotora de Justiça Gregório Assagra, que está aqui conosco.

Hoje, vamos falar sobre os recursos no segundo grau para tribunais superiores; segundo grau não é bem o termo e eles não gostam que se fale terceiro grau, quarto grau; STJ, TST, TSE e Supremo Tribunal Federal têm ojeriza quando se fala que, lá, é terceiro ou quarto grau. Aliás, eles mesmos, os ministros falam em situação de tom pejorativo para dizer que não pode. Então, recurso para tribunal superior é um tema bastante sensível; cada vez mais, há um afunilamento das causas que são filtradas para subirem ao exame dos tribunais superiores, em grau de recurso. E, lá nos tribunais superiores, também se dá a esses recursos interpostos, para o exame daquelas cortes, um tratamento muito estrito. Então, costuma-se

dizer que os recursos para tribunais superiores são de fundamentação vinculada porque eles são de difícil trato em manejo pelo profissional do Direito. O advogado tem dificuldade em manejar o recurso especial extraordinário, enfim, o tribunal local, que proferiu a decisão passível de recurso aos tribunais superiores, também tem dificuldade no manejo, muitas vezes, eles vão apreciar admissibilidade, já entram no mérito e já começam a decidir temas que não lhes compete. Isso é muito complicado; nem o juiz entende, nem o tribunal entende, o advogado também não entende, e pasmem: nem os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entendem o que são recursos especiais extraordinários, principalmente. Esses recursos são muito técnicos e são de difícil tratamento. Falemos dos recursos no sistema do Código de 2015 para, aí, fazermos, primeiro, uma contextualização do que seja esse tema dos recursos em geral e, depois, entramos no tema dos recursos para os tribunais superiores.

O Código, agora, tem uma parte geral, o de 1973 não tinha. Essa parte geral tem seis livros, que tratam

da generalidade do processo em si. Assim, existe o primeiro livro das Normas Processuais; o segundo da Função Jurisdicional; o terceiro, Sujeitos do Processo; quarto, Atos Processuais; o quinto, Tutela Provisória, que engloba a antiga tutela antecipada e o processo cautelar, agora, estão todos fundidos no instituto denominado tutela provisória; o livro seis da parte geral trata da formação, suspensão e extensão do processo. Aí, temos a parte especial. A parte especial tem o primeiro livro, que é o do processo de conhecimento e cumprimento de sentença. Esse cumprimento de sentença é uma coda, um rabicho, um prolongamento do processo de conhecimento, já foi objeto de uma reforma no CPC de 1973 porque, antes, proferida a sentença no processo de conhecimento, passávamos para o livro dois, processo de execução, que era fundado em título judicial e título extrajudicial. Podia se iniciar uma execução com base nessas duas categorias e títulos executivos. O que aconteceu, numa reforma no CPC 1973, foi que uma execução de sentença ou de título executivo judicial passou a integrar o processo de conhecimento como um prolongamento dele e com o nome de

cumprimento de sentença. Ficou no processo de execução, no Código passado, só aquela fundada em título extrajudicial. O Código de 2015 repete essa sistemática e, na parte especial no livro um, trata do processo de conhecimento e cumprimento de sentença; no livro dois, processo de execução, aí só de título extrajudicial; e, aí, o que nos interessa: livro três da parte especial do CPC 2015, do processo nos tribunais. Tudo que deve ocorrer no tribunal está regrado nesse livro três da parte especial do Código de Processo Civil. Temos as ações de competência originária de tribunal como ação rescisória, homologação de sentença estrangeira, alguns incidentes dentro do processo, mas nos tribunais, incidente de inconstitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade; temos agora a reclamação e temos o incidente de resolução de demanda repetitiva, o incidente de assunção de competência, são vários incidentes que ocorrem ou que podem ocorrer no âmbito do tribunal, isso no que tange à competência originária; depois, temos os recursos, que é a segunda competência dos tribunais, também regradada nesse livro três da parte especial do CPC 2015.

Nessa questão dos recursos, mudou bastante a matéria geral. Em primeiro lugar, extirparam-se alguns recursos, não há mais os embargos infringentes e não existe mais o agravo retido. São dois recursos que foram eliminados no Código atual. O agravo retido não existe, só se previu, no primeiro grau, o agravo de instrumento, está lá regrado no art. 1.015 do Código de 2015, e os embargos infringentes não têm mais guarida no CPC de 2015, mas acontece que criaram um fenômeno meio estranho chamado julgamento com extensão do órgão julgador. Quando ocorre um julgamento de uma apelação, por exemplo, de uma ação rescisória, mandado de segurança, por dois a um, não se encerra o julgamento, não se pode promulgar a decisão; o presidente tem que aumentar o órgão julgador, que era de três, foi dois a um, passa a ser de cinco, no mínimo, em número suficiente que dê para reverter a decisão inicial não unânime. Então, esse prolongamento está previsto no artigo 942: "Quando o resultado da apelação não for unânime, o julgamento 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 [...]". Em outras palavras, se houver um julgamento numa Câmara de cinco e der quatro a um, teremos que trazer mais desembargadores; ministro, nesse procedimento, não cabe. Deverá haver número suficiente para se inverter o julgamento. Há tribunais estaduais em que as Câmaras são formadas por cinco desembargadores. São Paulo é assim. São Paulo tem 366 desembargadores e outros 400 juízes de segundo grau, entre juízes substitutos de segundo grau, que é o nome, os juízes que estão convocados em segundo grau e os de entrância final alocados no tribunal. Ao todo, 650 desembargadores tem o Tribunal de Justiça de São Paulo e os 650 atuam. Dessa forma, não pode haver uma unidade jurisprudencial, isso não existe. As câmaras são compostas de cinco desembargadores. Os cinco estão ali, e formam a Câmara e a turma julgadora. Na turma julgadora, há três, que julgam a ação, os outros dois estão presentes, são cinco que estão no dia do julgamento. Deu dois a um, se os outros dois estiverem habilitados, o presidente continua o

juízo e os outros dois já proferem voto. Se os dois não estiverem habilitados, um deles pode pedir vista e o presidente não promulga o resultado e adia para a sessão seguinte a continuidade daquele julgamento. Os desembargadores costumam dizer que ficou pior do que era antes. Hoje não é possível interpor os embargos infringentes, hoje é de ofício, não se pode terminar o julgamento. Aparecem embargos infringentes de ofício a toda hora. Os desembargadores reclamaram muito desse instituto. E há quem diga que ele é novo. Quem elaborou esse instituto foi o Fredie Didier, lá da Bahia, nosso querido colega, quando estava ajudando a Câmaras dos Deputados. No meu comentário ao CPC, eu trago aqui uma nota, a nota três ao art. 942, que dá a origem desse instituto exatamente como ele é aqui no CPC de 2015. Está previsto nas ordenações afonsinas, livro um, título um, nº 3, que são de 1446. Só tem 650 anos esse instituto, que o pessoal pensa que é novo. Foi repetido esse instituto nas ordenações manuelinas, em 1503, e nas Filipinas, em 1641. Novidade, não existe nenhuma. Isso aqui é uma velharia arcaica mesmo, do “tempo do onça”.

Esses embargos infringentes não existem mais, agravo retido também não, e mudaram a sistemática do agravo de instrumento. Estou só contextualizando tudo para a gente entrar nos tribunais superiores. O agravo de instrumento, hoje, não é cabível de qualquer interlocutória, só das interlocutórias taxativamente previstas no art. 1.015. Deve ser considerado aquele rol do artigo 1.015: “Caberá agravo de instrumento das interlocutórias que decidirem sobre[...]”. São 13 itens, mas um foi vetado, assim, são 12 hipóteses de cabimento de agravo de instrumento; esse elenco é explicitado em *numerus clausus*, taxativa a relação do artigo 1.015. Não é cabível o agravo de instrumento e parece que a interlocutória não é mais recorrível, ela é, só que não o é por agravo de instrumento. Evidentemente que, quando houver a sentença, eu poderei apelar e, na minha apelação, vou declarar: “Existia uma interlocutória lá atrás que não era agravável, só que eu quero impugnar agora, eu acho que uma pergunta que eu fiz na audiência o juiz indeferiu, acho que cerceou minha defesa, agora, eu vou afirmar”. Existe um dispositivo no art. 1.019, que regula a apelação, o § 1º que

estabelece: “As interlocutórias que não precluíram porque não foi objeto de interposição de agravo porque não cabia, não preclui, portanto, podem ser avivadas agora, na preliminar na apelação” [sic]. Isso não é agravo retido. Agravo retido tem que ser interposto na hora, fazer razões na hora e reiterar na apelação. A nova sistêmica é aproximada com o recurso ordinário do processo do trabalho. Interlocutórias não são agraváveis, quando o juiz do trabalho lavra a sentença, eu entro com o recurso ordinário, que é a nossa apelação. Aqui, eu deixo as interlocutórias sem impugnar, não cabe agravo, quando o juiz profere a sentença, eu apelo e, na preliminar de apelação, especifico qual interlocutória quero impugnar. Não podem estar no rol do artigo 1.015. Se estiverem e eu não agravei, precluiu, não tenho oportunidade de reiterar na apelação, ou de fazer uma preliminar de apelação.

O juízo de admissibilidade de apelação foi modificado, ou seja, o juiz não pode mais receber a apelação. Estamos falando tanto do processo físico quanto do processo eletrônico. No sistema

de 1973, o juiz pegava a apelação, via se era tempestiva, se tinha preparo, se a parte era legítima, conferia os requisitos de admissibilidade e indeferia o procedimento, por ser intempestivo. Se a parte quisesse, interpunha um agravo contra essa decisão do juiz. A parte contra-arrazoava e mandava os autos para o tribunal. Hoje, na sistêmica de 2015, eu não falo mais com o juiz, o juiz deu a sentença, terminou e acabou o seu ofício jurisdicional. Se eu quiser interpor embargos de declaração, cabem, evidentemente, mas, saindo daí, não é mais possível ao juiz decidir nada, de modo que, se eu interpuser uma apelação, quem vai decidir se cabe ou não cabe, se conhece ou não conhece, é o tribunal. Essa modificação achei correta porque, no final das contas, é o próprio tribunal que sempre decide mesmo. Ficava um caminho duplo: o juiz dava admissibilidade, eu entrava com agravo para o tribunal apreciar. O sistema atual abreviou isso. Fizeram isso com o recurso especial e o extraordinário também, mas o STJ não gostou e editou uma lei, a nº 13.256 do começo deste ano, mudando a sistemática de admissibilidade dos

recursos especial e extraordinário. Foi modificada a fórmula originária do CPC de 2015, que previa admissibilidade dos recursos em geral sempre no órgão *ad quem*, o órgão competente para julgar o mérito dos recursos. Na apelação de hoje, o juiz não examina nada. Se for um processo físico, ele vai determinar que suba ao tribunal. Ele pode estar vendo que é intempestivo, está estampado que é intempestivo aquele recurso, ele não poderá fazer nada, deverá mandar subir ao tribunal. Se for um processo eletrônico, eu farei o *upload* direto no tribunal, então, o tribunal é que vai decidir se meu recurso deve ser conhecido ou não deve ser conhecido.

Contextualizamos os recursos, vimos o que mudou de mais importante, evidentemente que há outras modificações. Inicialmente, temos que verificar os poderes do relator nos tribunais superiores, incluindo o tribunal de segundo grau. Esses poderes estão estatuídos no artigo 932 do CPC: “Incumbe ao relator”. Aqui, existem oito situações: “dirigir e ordenar o processo nos

tribunais, inclusive com relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; apreciar pedido de tutela provisória nos recursos, nos processos de competência originária do tribunal; não conhecer de recurso inadmissível prejudicado ou que tenha impugnado especificamente fundamentos da decisão ocorrida”. No inciso quatro, lê-se “negar provimento a recurso que for o contrário a Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;” Na letra b: negar provimento quando for contra “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”; na letra c: “negar provimento quando a decisão for contrária ao “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”. Depois, facultada a apresentação de contrarrazões, o juiz deve “dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em

juízo de recursos repetitivos;” na letra c: “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de incompetência”. No inciso VI: “Decidir incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal”; No inciso VII: “Determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso”; No inciso VIII: “Exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal”. Pode-se dizer, o relator pode tudo, não é quase tudo. Eu estava fazendo uma exposição no Instituto de Direito Público lá em Brasília, a convite do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal e falei que, conforme o artigo 932, o relator seria um semideus. O Ministro Gilmar Mendes interveio e perguntou por que seria semi. Uma determinação importante que o CPC traz para, digamos, flexibilizar esse poder quase que absoluto do relator, tanto nos tribunais regionais, federais e tribunais de justiça quanto nos tribunais superiores, foi o Parágrafo Único desse artigo 932, o qual estabelece: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente

para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível”. Aqui se manifesta uma nítida posição do legislador de 2015 de, digamos, ‘obstaculizar’ a denominada, impropriamente e de forma pejorativa, eu não gosto dessa terminologia, mas o pessoal usa, jurisprudência defensiva. Em outras palavras, o relator não pode indeferir o recurso porque falta procuração, falta peça essencial não consta preparo. Ele tem que, primeiro, intimar o recorrente. O Código não diz para sanar vícios sanáveis, ele determina sanar o vício ou complementar a documentação exigível. O Código quer que o tribunal julgue o recurso. O sistema quer que o tribunal julgue o mérito. É uma postura bastante interessante essa do artigo 932 do novo Código de Processo Civil.

Deparei, na semana passada, com uma situação inusitada. Ato do relator é sempre passível de agravo interno, segundo o artigo 1.021 do Código de Processo Civil: “Contra a decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do

tribunal". O relator pode tudo, desde que o ato dele não seja impugnado. Ele é impugnável. Então, se a parte se sentir prejudicada com o ato do relator, poderá entrar com agravo interno. Segue para o órgão colegiado resolver essa circunstância. Na semana passada houve uma situação diferente porque se ingressou com uma cautelar, para dar efeito suspensivo a um recurso no próprio tribunal, o Regional Federal da 3ª Região São Paulo, e o vice-presidente, a quem compete apreciar essas liminares em recurso especial ou extraordinário, proferiu uma decisão negando a liminar; a parte entrou com agravo interno e o vice-presidente do tribunal declarou não ser relator, mas presidente portanto não caberia o agravo. Lendo-se literalmente o CPC, ele tem razão, mas não é isso que o CPC quer. O sistema não quer que o presidente dê uma decisão gravíssima, como é o caso de uma liminar cautelar, dando ou negando, enfim, e que não seja passível de um recurso. Deve-se fazer uma analogia com o artigo 1.015. Aqui, estamos diante de uma decisão interlocutória, não de um relator, mas de um presidente do tribunal e essa interlocutória resolveu uma matéria de tutela provisória. O artigo

1.015 descreve: "Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre", inciso I: "tutelas provisórias". É o caso. Não pode ficar sem recurso uma medida dessas. Então, fazendo-se uma analogia com as decisões interlocutórias do primeiro grau, as de segundo grau, evidentemente, têm que ser impugnáveis também e o recurso, cabível a agravo interno. Fui consultado a esse respeito, concluí que cabia recurso. O processo é muito dinâmico e o Código tem que ser posto à prova para a jurisprudência e a doutrina construírem as possibilidades que têm que ser construídas e se aperfeiçoarem os institutos que foram adotados pelo CPC.

Vimos que o relator pode quase tudo no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e nos tribunais, também, locais. Vamos, agora, abordar os recursos para os tribunais superiores. No que nos toca aqui mais de perto, falemos do extraordinário e do especial, porque também há recursos para outros tribunais superiores, como o recurso especial eleitoral, para o TSE; existe o recurso de revista para o TST. Então, existem recursos também para outros tribunais superiores,

mas o que nos ocupa mais, os que apresentam mais problemas são os recursos para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Competência de tribunal superior só pode ser dada pela Constituição Federal. Isso é uma regra absolutamente basilar, não existe a possibilidade de a lei ordinária criar competências para tribunais superiores não previstas na Constituição Federal. Isso é básico. Se não houver previsão na Constituição Federal, não será da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nem a lei infraconstitucional pode aumentar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, incluem-se aqui o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho; do mesmo modo, a lei infraconstitucional não pode diminuir a competência desses tribunais superiores. o art. 1.027 do CPC anuncia: “Serão julgados em recurso ordinário” [...]. Os recursos para os tribunais superiores são recurso ordinário constitucional; recurso extraordinário, para o STF; recurso especial, para o STJ; embargos de declaração cabem de qualquer decisão judicial. Então, esse recurso é cabível em qualquer

instância, em qualquer tribunal. Os específicos para os tribunais superiores são recurso ordinário constitucional e recurso extraordinário para o STF e especial para o STJ. Além disso, existe o agravo interno cabível no âmbito de qualquer tribunal, assim como também existe o agravo específico contra indeferimento ou negativa de conhecimento, ou, ainda, desprovimento de recurso especial extraordinário pelos tribunais recorridos. O STF é que detém a competência final, última, definitiva sobre admissibilidade e mérito de recurso extraordinário. O mesmo raciocínio vale para o recurso especial do STJ. O TRF primeira região, que é em Brasília, julga questões federais de Minas Gerais. Se o presidente local, do tribunal local, indefere o recurso, cabe um agravo contra a decisão de negatória de especial e extraordinário que vai para o STF ou STJ, conforme o caso, e a previsão está no art. 1.042 do Código de Processo Civil, o qual preleciona: “Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado no regime de repercussão

geral ou em julgamento de recursos repetitivos”.

É importante frisar que a Constituição Federal atribui a tribunal superior competência originária e recursal. Assim, competência não pode ser dada pela lei infraconstitucional, ainda que seja codificada, que seja o CPC. As hipóteses de cabimento do especial, do extraordinário e do ordinário estão previstas expressamente no texto da Constituição Federal. Estabelece-se o Recurso ordinário, Supremo Tribunal Federal, competência, no artigo 102, inciso II: “Compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer em grau de recurso ordinário” [sic]. A sigla do Supremo é ROC, Recurso Ordinário Constitucional. Ali constam as situações de cabimento do recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. O artigo 1.027 do CPC estabelece: “Serão julgados em recurso ordinário”, em seu inciso I: “pelo Supremo Tribunal Federal, os mandatos de segurança, os habeas data e os mandatos de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão [...]”. a competência do STF ocorre só nesse caso, para conhecer de recurso ordinário, mandado

de segurança, mandado de injunção, *habeas data* decididos em única e última instância por tribunais superiores, desde que seja denegatória, porque, se for concessiva, não vai caber o recurso ordinário constitucional. Esse recurso ordinário previsto no artigo 102, inciso 2, da Constituição também está previsto no 105, inciso 2, para o STJ: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça [...] julgar, em recurso ordinário[...]”. O CPC dispõe: “A - Mandado de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal e territórios quando denegatória a decisão” [sic]. Quando for concessiva, só caberá a especial. Incluem-se os processos em que forem partes, de um lado, estado estrangeiro, o organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente, domiciliada no país. Então, esses são os casos de recurso ordinário para o STJ, previstos na Constituição, repetidos no CPC. O que o CPC faz é repetir a Constituição. Nem poderia ser diferente, não pode nem aumentar nem diminuir as hipóteses de cabimento do recurso ordinário constitucional.

O recurso ordinário constitucional é uma apelação na verdade. É uma apelação para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, conforme o caso. Portanto, se é uma apelação, não apresenta aqueles rigores do especial e do extraordinário. É como se eu estivesse apelando da decisão do tribunal. Por exemplo, abriga o mandato de segurança originário contra um ato do governador do estado; certamente, existe uma previsão na Constituição de Minas que, quando se tratar de ato administrativo do governador, se eu quiser impugnar e ele for o ator ou coautor, o mandato de segurança deverá ser impetrado no Tribunal de Justiça. Normalmente, ocorre assim nos estados da federação. Para esse mandato de segurança originário do Tribunal de Justiça, se a decisão for denegatória, poderei apelar para o Supremo se a matéria for constitucional. Devem-se esgotar as vias ordinárias para poder ir para o Supremo Tribunal Federal. Portanto, se Tribunal de Justiça de Minas negar o mandato de segurança contra o governador, será interposto Recurso ordinário para o STJ. Essa é a medida. Se o STJ decidir o ordinário, caberá extraordinário para o

STF, eventualmente. Tenho percebido que o STJ e o STF querem fazer valer os preceitos dos recursos excepcionais, extraordinário e especial, também no ordinário. Isso é inconstitucional. O recurso ordinário é um recurso de apelação na verdade. Eles não podem querer dificultar o andamento, o processamento, conhecimento do recurso ordinário constitucional a pretexto de que é um recurso destinado a tribunal superior. É destinado a tribunal superior, mas não tem vinculação, não é um recurso de fundamentação vinculada, é um recurso de fundamentação ampla, de amplo espectro. Tanto assim é que o artigo 1.028 do CPC dispõe: "Ao recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea "b", aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e aos procedimentos, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça". Não é só nessa hipótese, na verdade, como a apelação é um instituto ordinário do direito processual civil, é o recurso ordinário por excelência; faz parte da teoria geral dos recursos de que todos os preceitos da apelação, em princípio, são aplicáveis aos demais recursos, salvo disposição expressa em

sentido contrário. Como aqui estamos diante de uma apelação para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, que é o recurso ordinário, na verdade, no meu modo de ver, cabe todo o procedimento e tudo que nós dissermos sobre apelação caberá para enfrentarmos recurso ordinário constitucional.

A competência de juiz federal de primeiro grau está regulada no artigo 109 da Constituição. A do STJ está descrita no artigo 105 e no Regimento Interno do STJ. Nesses casos, o TRF não tem competência para decidir matéria recursal, portanto, cabe direto recurso ordinário para o STJ ou o STF, depende do caso. Agora é preciso entender o que é a decisão denegatória. Está estabelecido que cabe recurso ordinário quando a decisão for denegatória, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* de competência originária. Denegatória é aquela decisão que não concede a ordem, ou a injunção, ou *habeas data*, ou mandado de segurança, ou *habeas corpus*, não concedeu por qualquer razão, não importa, é denegatória. Aqui entram as decisões de mérito, em que há

uma negativa de concessão da ordem, denegação da ordem, e também entram as decisões que resolvem o processo sem resolução do mérito. Entenda-se que isto é uma decisão denegatória, não me concedeu a ordem. Não importa se foi pela forma ou pelo fundo, se foi pela extinção do processo de mandado de segurança e dos outros [ininteligível] sem resolução no mérito ou se resolveu o mérito e denegou a ordem assim mesmo. Então, tudo isso é decisão denegatória passível de recurso ordinário constitucional.

Falemos agora no recurso especial e no extraordinário, que são recursos bastante complicados para exame. São recursos excepcionais, não se configuram como terceiro grau de jurisdição, nem como quarto grau. Se são excepcionais, a fundamentação deles é vinculada na própria Constituição Federal. A Constituição Federal em seu artigo 102, inciso 3, determina que compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer, no grau de recurso extraordinário, decisões, causas decididas, em última única ou instância. Assinala as hipóteses, como negativa de vigência

da Constituição. Por sua vez, o artigo 105, inciso 3, determina que compete ao Superior Tribunal de Justiça conhecer, em grau de recurso especial, causas decididas em única e última instância pelos tribunais; aqui é mencionado tribunal, o 102 não menciona tribunal, por isso é que cabe recurso extraordinário, para o STF, de decisão de colégio recursal, juizados especiais. Por isso é que não cabe especial quando o colégio recursal ofende a lei federal, mas cabe extraordinário quando o colégio recursal ofende a Constituição Federal. Isso já está assentado em súmula do STJ, do STF, decisões já consolidadas. Isso porque a Constituição é que estabelece quais são os requisitos de cabimento do especial e do extraordinário. E, quanto ao especial, descreve caber recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, das causas decididas em única ou última instância pelos tribunais regionais, federais ou tribunais dos estados. O artigo 1.029 nem trata da Constituição Federal nem dá as hipóteses. Estabelece assim: “O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição, serão interpostos perante presidente [...]”. Ele não define as

hipóteses de cabimento. A Constituição determina que cabe recurso especial extraordinário, não é o CPC. Lá na Constituição, estão as hipóteses. É preciso discutir o que é causa decidida. Deve haver um ponto que suscita uma questão que é debatida, em seguida, é discutida e é decidida. Isso é causa decidida, se não for decidida, não caberá o especial e o extraordinário. Temos décadas de discussão no Brasil sobre prequestionamento. Isso aparece nos bancos da faculdade de Direito; nos cursinhos de preparação; nos acórdãos locais; nos acórdãos do STF e do STJ. Existiu, num pequeno momento da vida nacional, na vigência da Constituição de 1946, que acatava prequestionamento; após esta, adota-se a causa decidida. O ministro Moreira Alves tinha uma metáfora que ele gostava de usar nas palestras e eu sempre repito, hoje, está nos meus livros. Deve-se colocar a questão no retângulo, a fim de se decidir se cabe extraordinário ou especial. Se houver uma questão sobre a qual o tribunal local não se pronunciou, não estará no retângulo. Se a matéria está no acórdão, é causa decidida. O tribunal precisa decidir a matéria. Por isso é que cabia recurso especial no sistema passado

por ofensa ao artigo 535 do Código passado. Se o tribunal não decidiu, o problema é dele, só que a Constituição não estabelece o prequestionamento como requisito de admissibilidade do especial e do extraordinário, a Constituição estabelece causa efetivamente decidida. Não decidiu, não está na admissibilidade do especial e do extraordinário.

Percebe-se que é um falso problema o do prequestionamento. O artigo 1.025 do Código de Processo Civil determina sobre embargos de declaração: “Consideram-se incluídos nos acórdãos os elementos que o embargante suscitou para os fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Traduzindo em miúdos: eu entro com embargos de declaração “prequestionadores”, o tribunal nega provimento a esses embargos de declaração. Pretendo discutir situação em que o tribunal fica renitente e não quer decidir uma matéria. Está decidida. Aqui, encontra-se uma *fictio iuris*, é uma ficção jurídica que o sistema idealizou. Se o tribunal não decidir,

não decidir, a lei considera decidida essa matéria. A parte já vai para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal sabendo que essa matéria está prequestionada, vamos usar o termo errado, mas corrente, a matéria está prequestionada, está dentro do acórdão. Isto com uma condição, que é a última parte do artigo 1.025: desde que, caso o tribunal superior considere existentes. Ele tem que considerar que eram cabíveis e deveria ter sido provido o recurso de embargos de declaração. Se o tribunal superior entende que os embargos de declaração não tinham aquela força toda que o recorrente pensa que tinham, ele pode dizer que o tribunal está certo e considerar não prequestionada aquela matéria, porque não deveria ter sido objeto de interposição do especial e do extraordinário.

Cito aqui a Súmula nº 282 do Supremo e a nº 356 do Supremo, aquelas que dizem que o ponto omissivo sobre o qual não se pronunciou a decisão não poderá ser objeto de recurso especial extraordinário, a súmula fala só extraordinário, mas se aplica também ao especial, se não tiverem

sido interpostos embargos de declaração para prequestionar a matéria. Prequestionamento, na verdade, é um falso problema, o que nós temos que ter é a decisão efetiva da matéria para que ela possa ser submetida a “rejulgamento”. Ressalte-se, o extraordinário e o especial são recursos, não são cursos. Por essa razão o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não podem conhecer, pela primeira vez, de uma matéria que não tenha sido objeto de recurso. Ele só pode rejulgar e não julgar em grau de recurso. Nos pontos em que o CPC determina que as matérias de ordem pública não precluem e podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, entendamos, graus ordinários, os graus excepcionais têm que ter previsão na Constituição, senão, não cabe.

Neste último ponto, pretendo tratar com vocês a respeito do que faz o Supremo Tribunal Federal e o que faz o Superior Tribunal de Justiça no recurso especial extraordinário. No Brasil, nós não temos uma divisão entre os dois juízos que ocorrem quando o tribunal superior examina um recurso

excepcional. Em países como França, Itália, Alemanha, Portugal, existem cortes de cassação. Nesses países, os recursos excepcionais só têm o juízo de cassação. Então, se alguém ofendeu a Constituição, entra com um recurso lá na Itália, chamado recurso de cassação, vai para a corte de cassação. Esta dá provimento ao recurso e caça a decisão. Isto a torna inútil, sem efeitos, inválida; em seguida, ele devolve os autos para a corte de Roma julgar de novo. No nosso sistema, os tribunais superiores, além do juízo de cassação, têm o segundo juízo, que é o juízo de revisão. O juízo de cassação é esse previsto pela Constituição nos artigos 102-3 e 105-3, ou seja, se ofendeu a Constituição, será o Extraordinário; se ofendeu a lei federal, será o Especial. No Brasil, os tribunais superiores têm dois juízos, com competência para não só caçar como também rejulgar. No juízo de cassação, ocorrem todas as limitações previstas na Constituição do artigo 105-3 e do artigo 102-3, ou seja, questão decidida em última instância e, portanto, eu tenho que esgotar as instâncias ordinárias. Precisa ser uma questão de direito, porque é uma questão decidida pelo tribunal,

não pode ser uma questão de fato, tem que ser uma questão de direito. Depois, tem que ser uma matéria de estrita fundamentação como previsto na Constituição, não posso inventar uma matéria nova. Ofendeu a Constituição, divergência de jurisprudência, especial, alínea “c” do inciso III do art. 105. Por sua vez, na revisão, o tribunal superior pode tudo, literalmente tudo. Nos casos em que for necessário proferir uma nova decisão, será como se ele estivesse julgando apelação; poderá rever prova, poderá julgar de ofício matéria de ordem pública que não tinha sido julgada na decisão anterior. Cassado o acórdão de juízo de revisão, os tribunais julgam o que tiverem que julgar. Aplica-se o direito à espécie, Súmula nº 456 do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que existe uma atecnia também, na Súmula nº 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. O artigo 257 do Regimento Interno do STJ segue a mesma linha. Na verdade, não é ao conhecer, ao prover, se o tribunal der provimento ao especial e ao extraordinário, ele cassará, passará a “rejulgar”, vai aplicar o direito à espécie. O artigo 1.034 do CPC trata desse

tema: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito”. Ressalte-se: “aplicando o direito”. O Parágrafo Único acrescenta: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”. Aqui foi feita uma codificação, colocou-se dentro do CPC aquilo que já estava expresso na Súmula nº 456 do STF e no artigo 257 do Regimento Interno do Supremo. Tudo aquilo que consta no juízo de cassação, aquelas restrições, desaparecem quando cassam o acórdão. Nesse contexto, pode-se rever prova, julgar questão de ordem pública não decidida e ainda outros casos.

Quero dizer que fiquei muito contente de poder voltar a Minas Gerais e participar aqui no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob direção da querida Promotora de Justiça Danielle, para discutir com vocês essas questões dos

recursos nos tribunais superiores. Cumprimento o Promotor de Justiça Gregório, agradeço muito a atenção que ele dispensou vindo aqui prestigiar nossa exposição, Sr. Alexandre, representando a defensoria pública, e a vocês todos, que tiveram a paciência de me ouvir nesse começo de noite. Espero revê-los numa outra oportunidade. Estou à disposição para perguntas, se vocês quiserem fazer perguntas, por favor.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Professor, muito boa noite. Eu sou Procurador de Justiça aqui da Procuradoria de Direitos Difusos. Atuamos muito nessa parte dos recursos especiais e extraordinários e estão surgindo várias dúvidas. A primeira, o senhor mencionou, refere-se à possibilidade, nos recursos especiais, de alegar a violação do artigo 535; parece que agora perdeu o sentido em razão do prequestionamento implícito. Não se justifica mais fazer esse tipo de alegação?

SR. NELSON NERY JUNIOR: Não é que não se justifica, você tem que mencionar o artigo 1.025. Se eu entrei com embargos de declaração, o tribunal

continua não se pronunciando sobre a matéria. Eu estou entrando com o especial já com a premissa de que isso está dentro do acórdão.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: É, mas eu não alego mais aquela nulidade porque não correspondeu?

SR. NELSON NERY JUNIOR: Não se alega mais nulidade por conta disso.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Então, até que nós não estamos errando tanto. Quanto aos poderes do relator, o que se observa é que, nos Regimentos Internos tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, os poderes ainda são ampliados, porque, praticamente, no recurso especial, quase todas as decisões são monocráticas, mesmo além daquelas hipóteses prevista no CPC. Então, eles estão ampliando, em Regimento Interno, o que não está nem previsto no CPC.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Isso é um desvio evidentemente e é inconstitucional, além de ilegal,

porque fere o CPC.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Praticamente, não tem mais decisão do Superior Tribunal de Justiça, primeiro, aquela primeira decisão é sempre monocrática, o reclamante tem sempre que fazer o agravo interno.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: E ainda está havendo um outro problema; no Regimento do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos, até a semana passada, não o adaptaram ao novo CPC com relação ao prazo do agravo interno; ainda estão mantendo aquele prazo de cinco dias, sendo certo que existe um dispositivo expresso que é 15 dias, até no caso do Ministério Público, seria 30, com a contagem em dobro e ainda em dia útil.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Agora é 15. Dias úteis, exatamente.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Nós estamos considerando esse prazo, não estamos errados também.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Também não estão errados, não. O STJ tem um procedimento, basta entrar no site e verificar o andamento dos processos no Diário Oficial da União, as decisões do STJ e do Supremo em recurso especial e extraordinário: em 99,99% dos casos, ele indefere o recurso especial e o extraordinário, monocraticamente.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Não é possível que não haja um advogado deste país, um promotor de justiça, um procurador de justiça que faça um recurso coerente. Falando com alguns ministros, alguns confidenciam, outros nem tanto, eles admitem que a ordem no gabinete é indeferir tudo. Se o advogado recorrer e for uma situação muito escandalosa, o tribunal vai rever, mas, em princípio, indefere-se tudo.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: E todos monocráticos. E alguns já vêm da própria presidência, ao que parece.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Indefere-se tudo. A regra é que os processos acabam morrendo mesmo

na decisão de indeferimento monocraticamente.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Boa noite. Só para complementar a pergunta anterior. Em relação a esse prazo, deve-se considerar o do CPC, de interposição. Acredito que seria interessante fazer uma preliminar, demonstrando-se a questão que estaria dentro do prazo.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Eu acho que nem há necessidade. Se o tribunal indeferir por isso, aí, você entra com agravo interno alegando um erro. Quando trabalhei no Ministério Público, vi o começo da Ação Civil Pública, a lei da Ação Civil Pública é de 1985, participei da redação. Os colegas do Ministério Público do Brasil todo me chamavam para fazer palestra, pois o juiz indeferia as nossas Ações Civis Públicas. Eu examinava a petição inicial, cujo primeiro item anunciava: da legitimidade do MP. O MP apresentava dez páginas para justificar que podia entrar com a ação. O juiz indeferia a inicial. Com isso, passei a falar para os colegas fazerem a petição inicial sem a discussão da legitimidade. Não é preciso discutir em dez folhas a legitimidade

para propor ação. Isso é um erro de estratégia de advocacia. O MP, quando move Ação Civil Pública, é advogado, então, ele tem que saber como agir com cabeça de advogado. Em vez de argumentar que o ministro está usando o prazo de regimento, que é ilegal e é inconstitucional, vou usar a lei brasileira em vigor, que é o Código de Processo Civil, e vou entrar com a medida. Se o tribunal alegar: “Esse prazo, contado em dia útil, só vale para os tribunais regionais, federais e Tribunais de Justiça”, está descumprindo o texto expresso da lei federal. Nesse caso, compete à parte entrar com recurso extraordinário para o Supremo contra decisão do STJ. Cabe perguntar se o Supremo vai dizer que o STJ está errado. Estamos num país que não é bem de estado de direito como se acredita aqui no Brasil. Se estivéssemos no estado de direito, juiz não faria lei, não iria lá o STJ aprovar essa Lei nº 13.256 e ficar na primeira fila do parlamento até a lei ser aprovada, constrangendo o parlamentar. O sujeito seria execrado em praça pública e preso por crime de responsabilidade. Como não estamos, essas inconstitucionalidades do CPC, certamente, não serão pronunciadas

pelo Supremo Tribunal Federal, porque a eles, tribunais superiores, interessa ter um sistema que idealizaram como bom e nós, mortais, temos que ficar quietinhos e obedecer às regras a que eles querem que nós obedecemos. É assim que funciona um país que não está no estado de direito, apesar de estar na Constituição escrito, não significa que, na realidade, estejamos no verdadeiro e completo estado de direito. É o que eu penso.

SR. MARCELO PÁDUA: Dr. Nery, meu nome é Marcelo Pádua, eu sou, talvez, o único advogado público aqui, da Advocacia Geral do Estado, e na minha lida, quando ainda no contencioso, eu lidava com interposição ou contrarrazões de recurso especial e extraordinário. Percebo, já há algum tempo, na jurisprudência do STJ, com os poderes excessivos do relator, meu colega ali do MP também já falou, há muita decisão monocrática, realmente, acontece isso. Mas, na questão do conhecimento do recurso, eu percebo muito isso. Às vezes, o recurso não é conhecível, mas eles conhecem e já julgam o mérito da decisão monocrática. Eu gostaria só que o senhor fizesse algum comentário, talvez,

uma questão de técnica, de julgamento, que se conhece, como não dar provimento ao recurso, interposto por violação de uma lei ou violação de um dispositivo da Constituição. A técnica seria, simplesmente, fazer a fundamentação toda para conhecer o recurso, depois, simplesmente, num parágrafo conhecido, dá-se o provimento. Então, o senhor falou que, no primeiro momento, seria de cassação e, depois, pode tudo, inclusive matéria [ininteligível]. Gostaria de saber como conciliar isto: se o recurso foi interposto por violação de uma lei, pergunto se a consequência não seria o provimento. Já no recurso interposto por divergência, o jurisprudencial, quando naquelas raras situações em que o Superior Tribunal de Justiça conhece, a lógica já não é mesma, conhece porque divergiu, mas é possível dar ou negar provimento. Minha dúvida, portanto, refere-se a essa diferenciação de conhecimento e provimento de um recurso por violação de uma lei e conhecimento e julgamento por divergência. Também, gostaria de indagar o senhor o seguinte: o conhecimento amplo do recurso tanto extraordinário quanto especial por ausência, pelo fato de o tribunal não ter apreciado

ou não ter julgado a questão articulada em embargos de declaração; nesse caso, pergunto como fica a questão de fato. Às vezes, existe uma matéria de fato, às vezes, até uma data que, apesar dos embargos declaratórios, o tribunal não conheceu; por isso pergunto como o tribunal superior vai superar a ausência do registro de um fato que seria importante para o enquadramento jurídico do direito. Obrigado.

SR. NELSON NERY JUNIOR: São duas questões extremamente importantes. Quanto à primeira pergunta, eu, no início da minha exposição, disse que nem os ministros do Supremo nem do STJ entendem de recurso extraordinário e especial, e é absolutamente verdade isso que eu estou falando. Sem demérito para eles, não é uma crítica, digamos, pejorativa para ministro do Supremo, do STJ, não é, a matéria é difícil mesmo. O Ministro Marco Aurélio demonstrou sua dúvida na TV Justiça. O Ministro tem 26 anos de Supremo Tribunal Federal e ainda tem dúvida em matéria, se ele conhece ou se ele dá provimento. Quando eu disse para vocês, os nossos tribunais superiores têm os dois juízos,

cassação e revisão, nós temos que compatibilizar o que está na Constituição com a teoria geral dos recursos. Quando o tribunal aprecia requisitos de admissibilidade, ele conhece do recurso. Então, existe o juízo de admissibilidade cujo resultado é o conhecimento ou o não conhecimento do recurso. Se estiverem presentes os requisitos de admissibilidade, nós dizemos que há um juízo positivo de admissibilidade, o tribunal conhece do recurso. Ausente um requisito de admissibilidade, ele tem que proferir um juízo negativo de admissibilidade, ele tem que não conhecer do recurso. Estamos no campo dos requisitos de admissibilidade, do mérito. O mérito é a pretensão recursal, o que a parte quer. Quer mudar a sentença, quer mudar a decisão do juiz. Aqui, ele tem que prover. Uma vez conhecido, ele passa para o segundo tempo, que é o julgamento do mérito do recurso. Nesse ponto, ele dá provimento ou nega provimento. No primeiro momento, ele conhece ou não conhece do recurso. A alegação da violação da lei é o requisito de admissibilidade. A efetiva violação da lei é mérito do especial e do extraordinário. Se houve violação da lei, é dado provimento ao recurso. Se a parte

alegou que se violou a lei, preencheu o requisito da Constituição, vai ser discutida a matéria de violação da lei. Esse é o argumento que se usa muito por conta dos erros cometidos em tribunais locais. Se eu aleguei lei ofensa ao art. 10 da lei federal número tal, preenchi o requisito da Constituição. Quem vai dizer se houve ou não ofensa não é o tribunal local, é o tribunal superior, é o destinatário emérito do recurso. A admissibilidade se constitui em alegar a ofensa da Constituição corretamente, o artigo X, o preceito Y, em alegar a ofensa a lei federal especial. Isso é a admissibilidade, é preencher o requisito da admissibilidade. A efetiva violação da lei já é mérito do especial. A efetiva violação da Constituição é mérito do especial e do extraordinário. Dessa maneira se compatibiliza a teoria geral dos recursos, a Constituição Federal e a divisão dos dois juízos, cassação e revisão, senão, não é possível compatibilizar, daí, a confusão explanada em sua pergunta. A outra pergunta se refere a questão de fato. O sistema brasileiro determina agora, no artigo 1.025, que aquilo está pressuposto como se tivesse sido decidido. Essa decisão ocorre contrariamente ao embargante

evidentemente, porque, se eu entrei com um embargo de declaração, ele se nega a decidir, eu estou entendendo que ele, naquele fato, entendeu como não aprovado, não conhecido. Essa matéria que, aparentemente, pode ser uma matéria de fato, seria transformada em matéria de Direito para ir para o STJ ou para o Supremo. Agora, lá, se eles tiverem que rever esse fato, eles vão ter que rever porque a matéria é de direito, mas com revisão de fato. Isso também é um exercício muito complicado de filosofia do direito e de filosofia do processo. Existe um livro muito importante do Antônio Castanheira Neves, um livro de umas 1.500 páginas, intitulado *Questão de Fato, Questão de Direito*. É um jurista português, muito autorizado, e o Castanheira Neves diz que é impossível haver uma questão só de fato e uma questão só de direito. Sempre há uma situação imbricada na outra; faz-se uma divisão só didaticamente para tentar mostrar que existe uma prevaência de uma questão de fato e uma prevaência de uma questão de direito.

SR. ROSAN AMARAL: Meu nome é Rosan Amaral, sou advogado. Vou começar pelo fim, abordando questão de fato, questão de direito, é a Súmula nº 7. A minha pergunta é sobre a Súmula nº 7 e o que é revalorização de prova, e o que já é fato, já provado nos autos e que, para se aplicar o direito, deve-se analisar o substrato fático do processo.

SR. NELSON NERY JUNIOR: A pergunta foi excelente porque é sempre um problema recorrente esse. O tribunal local acredita que a demanda se enquadra na Súmula nº 7, o STJ também, e, muitas vezes, não é esse o caso dos autos. Começamos com a Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário”. Mesma abrangência da Súmula nº 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Trata-se de reanalisar o que a prova está demonstrando. Isto é questão meramente de simples reexame de prova: a testemunha falou A, a testemunha falou B, simples revisão de prova. Se o juiz não poderia ter feito essa pergunta para a testemunha, porque isso implica cerceamento de defesa, ou pré-julgamento

da causa, não seria um simples reexame. Há casos da necessidade de avaliar a circunstância em que a prova foi produzida. As súmulas não permitem analisar o âmago estrito e exclusivo da prova, ou seja, a testemunha falou A, falou B, falou que conhecia, falou que viu o acidente, falou que não viu o acidente. Isso não pode ser formatado em recurso especial e extraordinário porque não é questão decidida, não é questão de direito, *stricto sensu*. Por outro lado, diante da alegação de que a testemunha levantou alguma suspeita, já não é simples revisão, é preciso rever a prova sim, mas não para simples revisão, alega-se uma questão de avaliar se aquilo podia ou não podia ser feito no processo. Deve-se analisar a situação dos autos concreta para saber se, naquele caso, a solução é reavaliar a prova ou fazer um simples reexame da prova.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Então, para quebrar a timidez, professor, eu vou me permitir não uma pergunta, mas uma pesquisazinha que eu fiz rapidamente aqui na internet. Com relação ao verbo prover, para a minha surpresa, que eu

também imaginava que fosse preveu, ele e ela preveu, consta aqui...

SR. NELSON NERY JUNIOR: Preveu?

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Preveu. Fiz uma outra pesquisa aqui, por questão de curiosidade, e olha o que eu encontrei, com relação ao “tempo do onça”. Eu achei interessante e oportuno e bem atual, veja bem. “No início do século 18, o Rio de Janeiro era governado por Luís Vaia Monteiro, conhecido como ‘o onça’. Ele tinha este apelido por ser extremamente severo. Era exigente também. Durante o período em que governou o Rio, ele cumpria rigorosamente a lei e exigia que todos a cumprissem também”.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Muito bem. Então, é o “tempo do onça” mesmo.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: “Tempo do onça” mesmo, exatamente.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Muito bem. Muito obrigado pelos auxílios etimológicos e linguísticos.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: É só uma brincadeira para descontrair um pouco.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Obrigado, está ótimo.

ORADORA NÃO IDENTIFICADA: Parabéns pela palestra e agradeço bastante também a vinda aqui, prestigiando-nos e nos honrando com sua presença. Muito obrigada.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Foi um prazer, uma honra.

ORADOR NÃO IDENTIFICADO: Há tempo para mais uma pergunta?

SRA. ISABELA: Professor, boa noite.

SR. NELSON NERY JUNIOR: Sim, boa noite.

SRA. ISABELA: O senhor falou sobre a interposição dos embargos de declaração para a questão do prequestionamento que, na verdade, tem que ser uma questão decidida. Eu interponho os embargos de declaração e, às vezes, o tribunal está com uma

vontade de julgar para não entrar no acórdão, então, os embargos, teoricamente, podem ser considerados prequestionamentos se o tribunal superior entender que era uma omissão?

SR. NELSON NERY JUNIOR: Que eles eram cabíveis, que existia omissão.

SRA. ISABELA: Eu entendo que essa necessidade de o tribunal superior conhecer o cabimento desses embargos tem uma certa razão de ser. Mas a impressão que eu tenho é que os tribunais superiores barram muitos recursos, qualquer motivo é motivo para não julgar, porque é uma quantidade imensa. Então, é complicado eu deixar esse cabimento dos embargos só na mão do tribunal da instância ordinária. Mas gostaria de saber se jogar para a instância superior resolve.

SR. NELSON NERY JUNIOR: O sistema do Código agora determina que não há como interpor mais de um embargo de declaração. No sistema do Código de 1973, a pessoa interpunha um embargo

de declaração, o tribunal continuava com erro, chegava a ajuizar embargos até o tribunal dar a multa, sob alegação de litigância de má-fé. O STJ sumulou impedimento de multa para embargos de declaração prequestionadores. Já resolveu um pouco o problema, mas continuou. Eu já vi 18 embargos de declaração da mesma decisão. Isso aconteceu com a Ação Penal nº 470, sobre o “mensalão”, com várias ações. Os embargos de declaração sempre serão cabíveis se persistirem os erros apontados no CPC como causas de interposição de embargos de declaração. Isabela, você é formada recentemente, então, eu vou lhe explicar: o juiz não gosta de duas situações, entre outras. Uma delas é dizer que ele é suspeito, que é parcial. Em segundo lugar, o juiz não gosta de embargos de declaração, porque você está falando para ele que ele não prestou a atenção ao serviço. A tendência dos juízes é dizer que nega, que não cabe. Numa grande parte dos setores da magistratura, encontram-se os que não gostam de embargos de declaração e põem na cabeça que vão indeferir e ponto final. Eles nem leem, declaram não haver nada a esclarecer e negam o provimento. Por sua

vez, a tendência do tribunal superior é determinar que não cabe o recurso. Assim, o advogado precisa fazer muito bem feito o seu recurso especial, o seu recurso extraordinário para dizer que errou mesmo o tribunal daqui, quando deixou de acolher os seus embargos de declaração. A argumentação deve ser bastante plausível, bem expressa dentro do seu recurso e deve haver uma negativa inequívoca do tribunal.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: O Ministério Público reafirma sua missão de promover a justiça, servir a sociedade e defender a democracia. Com isso, agradecemos a presença dos participantes e desejamos a todos uma boa noite.