



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



NOTAS TAQUIGRÁFICAS¹²

¹ Notas Taquigráficas produzidas pela Coordenadoria de Taquigrafia do Superior Tribunal de Justiça, conforme solicitação. Os trechos não audíveis estão marcados no texto pelo símbolo (...).

² Texto não revisado pelos oradores.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDO PAINEL

RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E MEDIDAS DE URGÊNCIA



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MESTRE DE CERIMÔNIAS

Senhoras e senhores, boa tarde. Retomamos os trabalhos solicitando a todos a gentileza de ocupar seus lugares e manter os aparelhos celulares desligados. Informamos que haverá um intervalo de 10 minutos após este segundo painel.

O segundo painel trata dos recursos nos Tribunais Superiores e Medidas de Urgência. Para integrar a Mesa, convidamos o Ministro Rogério Schietti, que dirigirá os trabalhos. Como painelistas, convidamos o Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os juristas Dr. Humberto Theodoro Júnior e o Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

Com a palavra o Sr. Ministro Rogério Schietti.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Boa tarde a todos.

É com muita satisfação e honrado pela incumbência que me foi dada pelo Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que dou por abertos os trabalhos



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta tarde do seminário *O Novo CPC e os Recursos no Superior Tribunal de Justiça*.

Também, desde já, parablenzo os expositores desta manhã, que nos brindaram com excelentes intervenções. Teremos agora a participação do querido Colega Ministro João Otávio de Noronha, do Professor Doutor Humberto Theodoro Júnior e do Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni.

O Ministro João Otávio de Noronha anota, com muita propriedade, àqueles que estiverem sem assento, que aqui ainda há vários lugares disponíveis. Por favor, fiquem à vontade.

Vamos iniciar, então, com a intervenção do Doutor Luiz Guilherme Marinoni, pessoa já bem conhecida de todos nós, que integra uma nova geração de processualistas da mais elevada estirpe e que tem sido responsável por publicações de notável e notória importância para todos nós, especialmente aqui do Superior Tribunal de Justiça, obras que dizem respeito à atuação perante os Tribunais Superiores e a mim, particularmente, tem sido muito útil a leitura de seus escritos.

Passo-lhe, então, Doutor Luiz Guilherme Marinoni, a palavra pelo prazo de trinta minutos para a sua exposição.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**PROFESSOR DOUTOR LUIZ GUILHERME
MARINONI**

Boa tarde a todos.

Cumprimento as autoridades, os professores e os Ministros que estão à Mesa. Cumprimento os Ministros que aqui estão presentes e os colegas processualistas, bem como os demais assessores, advogados e estudiosos do Direito Processual Civil.

Meu discurso vai se voltar não exatamente para algumas das normas que dizem respeito aos recursos no novo Código. O objetivo do meu discurso é tentar traçar uma elaboração teórica que justifique a função que deve ser exercida pelas Cortes Supremas nos presentes dias. E, a partir disso, ter quase que uma consequência de determinados resultados e de determinadas normas inclusive do novo Código de Processo Civil.

É sabido que as Cortes Supremas destinadas à correção das decisões são fruto da ideia primitiva de que cabia ao juiz apenas declarar a norma inserta no texto legal. Como todos também devem saber, coube a Calamandrei, nas primeiras décadas do século passado, escrever uma monumental obra sobre as cortes de cassação, obra utilizada por quase todos os



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processualistas e estudiosos preocupados com o desenvolvimento das cortes de cassação e cortes de revisão no âmbito do *Civil Law*, para enfatizar que a razão de ser da Corte Suprema é a de buscar o sentido exato da lei. O sentido exato da lei, para Calamandrei, apenas poderia ser encontrado mediante a reiteração de julgados e a formação daquilo que ele chamou de jurisprudência uniforme, ou seja, a jurisprudência uniforme daria oportunidade à corte de declarar a norma inserta no texto legal para que, a partir daí, se tornasse possível a correção das decisões dos tribunais de apelação.

Em outras palavras, a função de correção depende da compreensão de que as Cortes Supremas, ou seja, as cortes de revisão e as cortes de cassação do *Civil Law*, sempre ambicionaram, mediante uma técnica interpretativa já superada há muito tempo, a investigação do texto para a descoberta do sentido da norma e a sua declaração enquanto resultado da interpretação.

Pela mesma razão há de se compreender que, quando Calamandrei falava em uniformidade da interpretação, estava aludindo a uniformidade da aplicação da lei. De modo que o valor tutelado pela unidade era a unidade do Direito Objetivo, mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados tipos. Sabe-se, inclusive, que a expressão "sentido exato da lei" foi colocada na Lei do



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordenamento Jurídico italiano da época do fascismo e penetrou no Código de Processo Civil de 1942, também elaborado na época de Mussolini. É óbvio que ele tinha o interesse em controlar a atividade dos tribunais não lhes dando oportunidade de chegar a algo mais do que aquilo que estava contido na lei.

O fato, entretanto, é que a ideia de juiz que declara uma norma contida na lei transformou-se em caricatura. É por todos sabido, hoje, que a fórmula geral das decisões interpretativas justificadas contém, necessariamente, valoração, ou seja, a evolução da Teoria do Direito e o impacto do Constitucionalismo deram ao juiz poder para extrair a norma jurídica a partir do texto legal. Significa que o Judiciário hoje, obviamente, tem uma tarefa muito superior àquela que era imaginada por Calamandrei e que está na base das cortes que funcionam como cortes de correção das decisões dos tribunais ordinários. O Judiciário hoje não só deve concretizar as cláusulas gerais como submeter a lei aos direitos fundamentais e à Constituição, como também tem o dever de atribuir sentido ao Direito e desenvolvê-lo de acordo com as realidades emergentes da evolução da sociedade.

Se isso é claro, a função da Corte Suprema, obviamente, tem que ser outra. Em outras palavras, não podemos mais ver as Cortes Supremas como cortes de correção e de revisão por uma simples razão. À Corte Suprema cabe definir o sentido do Direito,



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desenvolver o Direito, isso significa que quando uma Corte Suprema decide, ou seja, quando o STJ e STF decidem, eles, necessariamente, agregam conteúdo à ordem jurídica vinculante, que deixa de ser sinônimo de ordem legislada e passa a conter as decisões das Cortes Supremas. As decisões das Cortes Supremas fazem parte da ordem jurídica vinculante pela simples razão de que se o Judiciário colabora para a frutificação do Direito, é claro que essa colaboração tem que ser definida em algum lugar. O modo dessa colaboração tem de ser definido em algum lugar. Como as Cortes Supremas têm a última palavra acerca do significado do Direito, é natural e consequente que tenham elas o poder para definir qual é o sentido do Direito Federal Infraconstitucional e qual é o sentido do Direito Constitucional.

Na verdade, se as decisões das Cortes Supremas estão na ordem jurídica vinculante, elas, por mera consequência, orientam a sociedade e regulam os casos futuros. O que significa que a obrigação de respeito nada mais é do que uma consequência da função contemporânea das Cortes Supremas. Não é preciso lei que diga que os juízes e tribunais têm que respeitar decisões de Cortes Supremas. Isso chega a ser paradoxal. Não é possível que a lei processual defina quais são as decisões das Cortes Supremas que devem ser observadas pelos juízes e tribunais. Não porque, como dizem alguns, essa norma seria inconstitucional,



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque só a Constituição poderia vincular os juízes às decisões das Cortes Supremas, mas sim porque essa norma é desnecessária. Não cabe à lei processual definir qual é o tipo de decisão de Corte Suprema que deve ser respeitada pelos inferiores, por uma simples razão: as decisões das Cortes Supremas têm de ser respeitadas simplesmente porque a Corte Suprema elabora o sentido do Direito, definindo-o, fazendo crescer conteúdo à ordem jurídica vinculante e, portanto, obrigando os demais tribunais.

Porém, não há como se pensar em instituição do Direito ou em decisão com eficácia obrigatória sem ter claro que institutos como a súmula e a jurisprudência uniforme são institutos ligados às funções das cortes de correção, e não às funções das Cortes Supremas dos dias presentes.

Quem lê Calamandrei observa com nitidez que a ideia de jurisprudência uniforme e a ideia de máxima, que nada mais é do que um parente das nossas súmulas, tem por objetivo, simplesmente, facilitar à Corte a tarefa de correção das decisões dos tribunais ordinários. E por quê? Exatamente porque a jurisprudência uniforme e a súmula simplesmente reproduzem o resultado da interpretação. A súmula e a jurisprudência uniforme não estão preocupadas com as razões para se chegar ao resultado, com as razões para conclusão do julgamento. Elas estão preocupadas só com o resultado da interpretação, o que significa que



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elas são espelhadas, em poucas palavras, em súmulas ou em máximas ou naquilo que se chama de jurisprudência uniforme. Ninguém sabe quais as razões de decidir quando se olha para um enunciado abstrato; ninguém sabe quais as razões de decidir quando se fala em jurisprudência uniforme, porque são vários os casos concretos e várias as razões que podem dar resultado semelhante ou igual e, portanto, fazer surgir jurisprudência uniforme ou até mesmo súmula. Aliás, não é por outra razão que a jurisprudência uniforme e a súmula jamais permitiram a racionalização da função das Cortes Supremas, ou melhor, a racionalização da própria prestação da jurisdição no País.

É porque, na verdade, a Corte Suprema quando decide não corrige a partir de outro parâmetro que não está no seu ambiente; ela não corrige a partir da lei. Na verdade, ela institui o Direito. Se ela institui o Direito, o problema está em como obrigar, em como deixar claro que essa decisão orienta e obriga às demais cortes inferiores.

Ora, a única coisa que pode orientar ou que pode "obrigar os tribunais inferiores" são as razões que explicam os motivos pelos quais a corte decidiu a questão de direito. Essas razões só estão presentes em precedentes. Todos falam em precedentes e muitas vezes associam precedente a decisão. Precedente não tem nada a ver com decisão. É algo que, acima de tudo, é *ratio decidendi* ou fundamento determinante –



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isso é precedente. Nem toda decisão de Corte Suprema é precedente, por uma razão evidente, sobre a qual eu discorrerei após.

Entretanto, para que tudo fique mais simples, é preciso perceber a diferença entre decisão de um recurso e precedente. A diferença está em que, nas cortes de cassação, que só se preocupam com a decisão e, portanto, com o resultado do julgamento, não há qualquer preocupação em relação aos fundamentos. Em outras palavras, o colegiado pode decidir um recurso por maioria, fundado em fundamentos compartilhados por minorias, embora isso obviamente seja possível em qualquer tipo de corte, mesmo nas cortes do *Common Law* (claro que com a resistência de alguns doutrinadores) é possível se decidir um recurso por maioria, mas com fundamentos sustentados por minorias. Embora isso seja possível, o fato é que quando um fundamento é sustentado pela minoria do colegiado, a decisão não gera precedente, não gera *ratio decidendi*. A *ratio decidendi*, ou fundamento determinante, em qualquer Corte Suprema tem que ser apoiada pela maioria do colegiado. Essa é a distinção mais óbvia entre uma decisão e um precedente.

O precedente só existe quando o seu fundamento determinante é sustentado, no mínimo, pela maioria do colegiado. Se imaginarmos que uma decisão majoritária, que contém fundamentos



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minoritários, pode obrigar, estaríamos admitindo que a minoria do colegiado pode elaborar uma norma para orientar a sociedade e os casos futuros. O que obviamente é uma contradição, é um absurdo. Isso quer dizer que, numa corte de precedentes, numa Corte Suprema, os fundamentos, objeto da discussão do colegiado, devem ser delimitados no início do julgamento, não só para que todos os juízes efetivamente dialoguem sobre os fundamentos, mas também para que questões impertinentes aos fundamentos não sejam discutidas, dando origem àquilo que os doutrinadores de *Common Law* chamam de *obiter dicta*.

Se a corte está preocupada em anunciar fundamento, é preciso que os fundamentos do recurso sejam efetivamente discutidos por todos os membros do colegiado e que nenhum membro do colegiado decida sozinho fundamento não posto inicialmente à discussão, como não raramente ocorre em alguns colegiados.

Exatamente por isso que, numa corte de precedentes, a proclamação do julgamento não pode ser simplesmente proclamação do resultado. Quem pensa em precedente não está pensando apenas no resultado: o recurso foi provido por 7 a 2, o recurso foi provido por 3 a 2. Isso é importante para se delimitar como que a questão foi resolvida em face do recorrente e do recorrido.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acontece que a função da Corte Suprema não é apenas a de decidir o litígio entre o recorrente e o recorrido. A função da Corte Suprema é a de desenvolver o Direito, de definir normas que possam orientar a sociedade. Ou seja, é imprescindível que sejam proclamados os fundamentos que foram votados por maioria, a eventual *ratio decidendi* deve ser proclamada quando da proclamação do resultado do julgamento e, até mesmo, se for o caso, o fundamento concorrente e sempre o fundamento dissidente. Porque a dissidência tem uma grande importância quando se pensa em Direito elaborado pela Corte.

Entretanto, é óbvio que no Direito brasileiro não é preciso se cogitar, como atualmente se cogita no âmbito do Direito estadunidense, de se obrigar o Colegiado a decidir os fundamentos em separado. Isso ocorre no âmbito do Direito americano porque a única função da Corte Suprema é a de orientar a sociedade. Não é uma função de resolver litígios. Isso deriva da célebre Corte Marshall, onde, para que pudessem ser desenvolvidas as políticas federalistas, se deixou claro que a função da Corte era uma função uníssona que tinha que proclamar algo que pudesse orientar a sociedade e que, sobretudo, gozasse de autoridade. É por isso que há grande resistência nos Estados Unidos em relação às decisões majoritárias que compartilham fundamentos minoritários. Os americanos chamam essas decisões de decisões plurais. Parte da doutrina



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diz que decisões plurais não têm nenhum efeito prático para o desenvolvimento do Direito. É exatamente por isso que as Cortes inferiores têm que tentar extrair dos fundamentos minoritários uma *ratio decidendi* a partir dos pontos compartilhados em comum nos dois fundamentos minoritários.

Esse, obviamente, não é um problema nosso, porque é claro que uma Corte de *civil law* também tem função de resolver recurso. Entretanto, temos que ter claro que, se temos a função de resolver recurso, hoje no Brasil, temos a função muito mais importante que é a de estabelecer o sentido do Direito mediante *ratio decidendi*, mediante fundamento determinante, mediante precedente.

De modo que é preciso que fique claro que, se a Corte pode decidir por três a dois, se a Corte pode decidir por sete a dois, o precedente não se forma quando na decisão de três a dois houver um fundamento sustentado por dois e outro fundamento sustentado por um; ou, na maioria de sete, um fundamento sustentado por dois, outro por três e outro por dois. Isso é muito importante, especialmente quando se pensa, por exemplo, em reclamação.

Como advogado, assisti várias reclamações baseadas na decisão que julgou a questão da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, em que se alega que a decisão do Tribunal de origem está



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desrespeitando a decisão tomada na DPF sob uma alegação que está contida apenas na ementa do acórdão, e que não reproduz a *ratio decidendi* ou o fundamento sustentado pela maioria do Colegiado.

Aliás, nesse caso da Lei da Imprensa não se sabe qual o fundamento que determina a conclusão do julgado. Tanto são os fundamentos indevidamente compartilhados, que não é possível se identificar qual o que deu origem ao resultado. Entretanto, como se fez uma ementa de 30 páginas, imagina-se que o fundamento está na ementa, quando a ementa foi feita apenas pelo Relator.

Analisei esse acórdão e percebi que não há fundamento determinante, ou seja, a alegação de que o direito à liberdade de expressão é um direito supraconstitucional, que é a alegação do Ministro Ayres Brito, não está compartilhada pelos votos dos demais Ministros, ela só é sustentada pelo Ministro Relator. Tomo esse caso como exemplo para demonstrar como é importante ter que se identificar a *ratio decidendi* ou o fundamento determinante, em uma decisão de Corte Suprema, sob pena de se imaginar que se pode obrigar a partir do voto do Relator ou a partir da ementa.

Quem fala em função da Corte Suprema, em obrigatoriedade de respeito às decisões, tem que ter claro que o que realmente obrigar é o Direito e o Direito está na *ratio*, o Direito está nos fundamentos



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinantes. Os fundamentos determinantes e a *ratio*, por uma mera consequência lógica, têm que ser compartilhados por, no mínimo, a maioria do Colegiado.

Nesse ponto, surge como interessante se pensar no problema do Código de Processo Civil na regulação dos procedimentos afetos às Cortes supremas. Eu tenho absoluta certeza que a lei processual não pode restringir a eficácia de uma decisão tomada por Corte Suprema, nem determinar o modo de ser de uma Corte Suprema. Ele pode, no máximo, traçar o procedimento que se dá numa Corte Suprema. Entretanto, o Código de Processo Civil deixa claro, ou tenta deixar claro, quais as decisões que devem ser observadas pelos tribunais inferiores, aludindo, por exemplo, à súmula, que não vai servir para nada, e também às decisões tomadas em recurso repetitivo. Isso é extremamente contraditório porque, ao se tomar a sério essa norma, esquece-se da principal função de uma Corte Suprema. Cabe à Corte Suprema desenvolver o Direito. Os casos repetitivos talvez sejam o que menos importa para que a Corte Suprema possa exercer a sua real função. Talvez importe para otimizar o trabalho da Corte e o trabalho do Judiciário. Entretanto, casos que se repetem em massa, mas que não têm significação social, não podem ser os únicos a reclamar normas ou precedentes para orientar a sociedade e elucidar os casos futuros.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, isso é tão contraditório que chega a esquecer da repercussão geral. Uma decisão tomada em repercussão geral é muito mais importante que uma decisão tomada no recurso repetitivo. Na verdade, o art. 927 do Código de Processo Civil tem que ser visto como meramente exemplificativo das decisões que devem ser observadas pelos tribunais inferiores, e não, obviamente, como uma definição das decisões que devem ser observadas pelos tribunais inferiores.

Para finalizar, eu gostaria de dizer que todo esse discurso só tem sentido para quem está pensando em algo similar à repercussão geral no Superior Tribunal de Justiça. Não há Corte Suprema que possa trabalhar como se fosse um grande tribunal de apelação. Em outras palavras, ou nós colocamos o dedo na ferida e deixamos claro que não é o caso de se garantir um recurso para todos aqueles que não se conformam com as decisões nos tribunais inferiores e damos à Corte a possibilidade de realmente poder meditar e dialogar e decidir, para orientar os casos futuros e a sociedade, ou não teremos chance com todas essas normas e com esse pensamento acerca dos precedentes vinculantes.

Na verdade, o que me parece, na realidade, é que nós temos que ceder a esses *lobbies* oportunistas. Mesmo aos *lobbies* dos advogados. Hoje, a resistência à repercussão geral só pode ser resultado de ignorância ou de interesses egoísticos de setores que desejam manipular as decisões dos tribunais inferiores à custa



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da indeterminação, da indefinição do Direito numa Corte que, por não poder exercer as funções de uma Corte Suprema, vê-se obrigada a atuar como se fosse um grande tribunal de apelação.

Agradeço a atenção de todos, muito obrigado.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Nós agradecemos a acurada, instigante e provocadora intervenção do Dr. Marinoni, que tem formação e pós doutorado na Universidade Estatal de Milão, é professor visitante da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, e conhece *ex-cathedra* o tema sobre o qual discorreu e que de fato representa uma auspiciosa, ainda que sujeita a algumas ponderações, inovação do Código de Processo Civil, que estamos a estudar.

Aproveito também para fazer uma breve saudação aos Ministros presentes, Ministra Isabel Gallotti, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a quem já me referi, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Ministra Maria Thereza, minha Colega de Turma, Ministro Marco Buzzi, Ministro Sérgio Kukina e Ministro Gurgel de Faria. Agradeço a presença de todos que qualificam



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este evento.

Vamos passar agora à intervenção do nosso estimado Professor Humberto Theodoro Júnior, que, sem dúvida alguma, é uma figura que integra a formação acadêmica de todos nós. Eu, particularmente, recordo-me das leituras que fiz das obras do Professor Humberto Theodoro Júnior, que me ensinaram alguma coisa de processo civil, o pouco que sei se deve, em boa parte, ao que li do Professor, que é Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Professor da Universidade Federal de Minas Gerais e autor também de dezenas de obras, sobretudo, em processo civil.

Sem perder muito tempo, já passo a palavra ao nosso estimado mestre, Dr. Humberto Theodoro Júnior.

**PROFESSOR DOUTOR HUMBERTO
THEORODO JÚNIOR**

De início, agradeço muito a honra que me foi dada de participar deste evento para uma assembleia tão distinta, tão conspícua, como esta que está à nossa frente.

Cumprimento o Tribunal anfitrião, na pessoa do Sr. Ministro Rogerio Schietti, que preside a Mesa, e fico



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também muito honrado de saber que estou falando para uma plêiade de super juízes, de Ministros da Casa e tendo aqui, ao meu lado, um conterrâneo muito querido, muito apreciado nas suas origens, só com um defeito: o de torcer para o Cruzeiro. Se não fosse isso, seria um amigo perfeito.

Cumprimento o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pela organização, pelo sucesso que o evento está proporcionando.

Meus caríssimos senhoras e senhores, tenho também satisfação em falar ao pessoal da Casa, os responsáveis na prática por muito do que o Código pode gerar ou não da sua aplicação concreta. Fui juiz durante quase vinte anos, participei em todos os níveis da vida judiciária e sei como é importante o papel dos serventuários, quando podem, realmente, apoiar e sustentar um tribunal ou o juízo qualquer.

É gratificante ver esse interesse do pessoal administrativo, de apoio a um evento dessa natureza. E, de certa forma, até pretendo falar numa linguagem mais prática, mais direta, porque, além de ser destinada esta palestra, sobretudo, para o pessoal operacional do Tribunal, convivo com a ideia de que, na aplicação de qualquer lei processual, o importante não é tanto a justificação dogmática dos institutos, mas é análise teleológica do que se procura alcançar com qualquer lei, qualquer norma nessa ordem



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimental. Direito processual é muito mais procedimento que qualquer outra coisa, de maneira que não se prescinde de alguma justificação teórica, mas limitada a algo que seja compatível com o sistema programado para funcionar adequada e eficientemente.

O grande pecado do Poder Judiciário brasileiro, se é que ele é pecador, é justamente não ter, até hoje, conseguido se organizar funcionalmente, porque não falta lei, não falta regulamentação nem na análise fria e despreocupada com o valor dessas normas que existem, que não nos conduzam a uma única conclusão: o Direito brasileiro é muito bom, com o Direito positivo.

E essa reforma, na qual tive uma modesta participação, não encontrou, realmente, campo para grandes modificações de substância. O trabalho todo, o esforço foi para ver se a simplicidade de um novo sistema seria capaz de fazer aquilo que não foi possível realizar com o Código anterior. E a razão é muito simples: é que até hoje se estuda processo no Brasil como fim, como meta, quando o processo é mero instrumento. A Itália é um país de poetas e pensadores e detém a pior Justiça do mundo, onde se escrevem tratados sobre um Código; no resto do mundo, escreve-se, quando muito, um manual, um pequeno curso, para explicar como funciona um procedimento judicial.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pois bem, o que tocou a mim expor? Vou tratar das grandes simplificações que o novo Código fez no regime das medidas cautelares, nas chamadas, hoje, tutelas de urgência, e como isso repercute no recurso especial e nos recursos dos tribunais superiores.

Esse sistema, que o Código chama hoje de tutela provisória, tem no seu título uma função: a de criar um regime separado para uma tutela diferenciada daquela que é desenvolvida no processo de conhecimento ou no processo de execução, sob a sua forma plena. Essa tutela provisória vem ocupar, em poucos artigos, o que era um capítulo inteiro do Código anterior, que tinha um nome pomposo de Livro III, Do Processo Cautelar. O único Código no mundo que pensou em fazer uma estrutura com essa dimensão, que levava a pessoa a ter que usar uma ação e instaurar um processo com toda uma principiologia, que ia desde a petição inicial, da liminar, da instrução, do debate, da sentença, para confirmar um sequestro, ou uma medida elementar de autorizar o levantamento em dinheiro de uma pessoa que precisava de um alimento.

Qual é o grande processo operado nesse segmento? Não existe processo cautelar, não existe ação cautelar. Existem incidentes dentro de quaisquer processos onde a necessidade de coibir um perigo de dano faça com que o juiz, o tribunal, o ministro, ou o que for, na ordem hierárquica, tome uma medida



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emergencial para assegurar a eficiência do acesso à Justiça. O acesso à Justiça é uma garantia fundamental, é um direito do homem. E, se esse acesso estiver comprometido pelo próprio sistema processual, pelo contraditório, pelo devido processo legal, o que se deve fazer? Passa por cima disso tudo e vai na matriz. A matriz é o acesso, é o direito do homem. Está lá: nenhum direito, nenhuma lesão a direito, nenhuma ameaça a direito ficará sem a tutela do Poder Judiciário.

A medida cautelar, uma medida tutelar, agora, de urgência se destina a dar eficiência ao processo, não para negar o contraditório, mas para ponderar como fazer o contraditório. Se o contraditório vai ser a causa da injustiça, vai ser a causa da negação do acesso à Justiça, então é preciso ter um antídoto, é preciso ter um antiveneno, porque o contraditório, que era a meta, virou veneno, virou obstáculo. Inverte-se a ordem, corrige-se o defeito, a barreira, proporciona-se o acesso, e esse acesso depois vai se desenvolver até o final dentro do contraditório. Então, não se elimina o contraditório, posterga-se, em determinado momento, apenas o aspecto dialético do contraditório, não deixa de haver o contraditório, mas, acima de tudo, há de existir um processo eficiente garantindo a matriz de tudo, que é o acesso à Justiça.

Como o Código resolveu isso? Dizendo que a tutela de urgência compreende medidas satisfativas e medidas conservativas. Satisfativas são as antigas



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipações de tutela; conservativas são as antigas medidas cautelares. Tudo isso forma um gênero comum, que é a luta da jurisdição contra o efeito deletério do tempo sobre o resultado. Então, para se ter uma medida de urgência, é preciso que estejam ocorrendo os dois pressupostos: uma aparência de bom direito, um perigo de dano. O processo não pode virar as costas para isso e ficar preocupado com a teoria exagerada, dogmatizada de contraditório e de ampla defesa para chegar só na coisa julgada ser o único instrumento capaz de fazer justiça. Não, a justiça começa a se fazer no despacho da petição inicial. E é aí que se permite agora que possa haver antecipação de tutela e medida cautelar no despachar da petição inicial, ou em qualquer momento, no curso do processo, em que houver a necessidade de preservar a eficiência do processo.

Não é preciso que haja uma ação, que haja um processo para que isso seja feito. Está aqui o exemplo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que já resolveram esse aspecto prático sem lei, sem nada, quando se pede um efeito suspensivo para um recurso que não o tem. E os dois Tribunais chegaram à conclusão de que isso é um requerimento, é o direito de petição que a parte tem e obtém com uma resposta que não precisa de contraditório, que não precisa ouvir a parte contrária, simplesmente se resguarda a eficiência do processo. E toda a atividade



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que perseguia o efeito suspensivo, está obtida, está assegurada, e o processo vai prosseguir no seu contraditório devido para o julgamento de mérito posterior.

Isso é o que virou a tutela de urgência dentro do Código atual: não tem ação, não tem processo; é requerimento. Requerimento que pode ser antecedente, que pode ser incidente, e requerimento que pode conter medidas satisfativas ou não satisfativas, mas todas as medidas tomadas em função de eliminar o perigo de dano.

Houve outra novidade nesse campo, porque se criou não só a tutela de urgência, criou-se tutela provisória, que é um negócio maior, mas tudo dentro do mesmo espírito de celeridade e prontidão de resposta; então, criou-se a tutela da evidência.

A tutela da evidência é aquela situação em que não há perigo de dano, mas há uma injustiça evidente em tomar, e considerado o tempo, em prejuízo daquele que, evidentemente, tem melhor situação jurídica, tem situação de vantagem, flagrantemente superior da parte contrária, que é o réu.

O tempo não deve correr a favor de quem não tem razão evidente e em prejuízo de quem tem a evidência da razão. Pode-se dizer: isso é julgamento antecipado da lide. De maneira alguma, não é julgamento antecipado da lide, é tomada de providência



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liminar de reequilíbrio das partes. Só isso.

Na tutela da evidência, não se antecipa, não se faz coisa julgada, não se resolve nada em caráter definitivo, mas, permite-se. Há o dono de um imóvel em disputa, por exemplo; que ele possa retomar esse imóvel, numa reivindicatória ou em qualquer ação, para fazer ali uma obra, para ocupar aquele imóvel de forma rentável para ele, quando o réu não tem razão, não tem argumento nenhum capaz de, *prima facie*, diminuir a evidência do direito do autor. Mas a medida é provisória, o processo continua normalmente. Pode ser que aquela provisoriedade foi fundada numa ilusão momentânea em face de documentos que ainda não estavam completos, de instrução probatória ainda não exauriente. No final, pode-se inverter. Mas geralmente a tutela da evidência é isto, é algo que se toma para reequilibrar as partes diante do bem, da lide que está em disputa.

Um exemplo típico de tutela da evidência vem do Direito romano. Os interditos todos eram da tutela da evidência. Então, nós temos, hoje, uma possessória. Quando alguém esbulha o bem do outro, um automóvel, um terreno, uma casa, um apartamento, qual é a reação que o direito material tem? Reintegração liminar. Depois vão discutir o direito das partes, porque não é perigo de dano, é a injustiça da Justiça pelas próprias mãos. É a injustiça da quebra da paz social, que é alguém invadir uma casa e tomar



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conta dela a força, ainda que tenha toda a razão de direito, todos os fundamentos para exigir a entrega daquela casa.

E agora, então, vamos ver como vamos chegar dessa situação até o recurso especial. Vamos chegar tendo em vista, primeiro, que existe um poder geral de tutela. Esse poder geral, hoje, está definido nesse procedimento sumário, que é totalmente genérico. Não existe mais como ação autônoma, ação de sequestro, ação de busca e apreensão. O que existe é a necessidade de combater o perigo da demora diante de uma situação que pode complicar o resultado da tutela jurisdicional devida aos litigantes.

O processo de hoje, esse processo moderno, não é de ação, não é processo de processo. Ele é processo de tutela. Tutela que nasce da Constituição e que viceja em todo o direito material. Então, a tutela é aquilo que o Estado deve, e o processo é mero procedimento, é mero instrumento para realizar a tutela prometida constitucionalmente.

Esse remédio auxiliar, que é a tutela de urgência, hoje não tem rótulo, não tem nome. Ele é o poder necessário para afastar, mediante simples requerimento, o perigo de dano. E qual a medida que se pode tomar? Pode-se tomar medidas que antecipam efeitos da futura sentença – e dizemos medidas satisfativas ou antecipatórias – ou pode-se,



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simplesmente, conservar bens e direitos que correm risco de serem mudados perniciosamente enquanto se aguarda a solução definitiva.

Encarando o sistema recursal, e especificamente o sistema das Cortes Superiores, do STJ e do STF, vamos ver que os recursos que cabem e que são gerais para a função precípua desses Tribunais, que é a função uniformizadora e conservadora da autoridade do Direito Federal, do Direito Constitucional, o especial e o extraordinário, são recursos sem efeito suspensivo, o que quer dizer que, proferida a decisão do Tribunal *a quo*, imediatamente, com ou sem o recurso, o acórdão é exequível.

Já por construção pretoriana, inicialmente, e depois por previsão legal, construiu-se dentro do poder geral de cautela a figura da atribuição de efeitos suspensivos a recursos que não o tinham. Essa atribuição de efeito suspensivo, na verdade, não é alguma coisa que se dá em relação ao recurso, mas que se dá em relação à sentença da decisão que está na iminência de ser executada. Então, o efeito suspensivo é uma ordem para que não se execute, para que não se cumpra aquela sentença recorrida, aquela decisão, aquele acórdão impugnado enquanto não se decidir o recurso que subiu para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal.

Isso se justifica de que maneira? Pelos dois



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pressupostos do poder cautelar, que é o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Aqui eles se apresentam: o *fumus boni iuris* como a relevância dos fundamentos do recurso especial ou extraordinário, que permitem ao relator ou àquele que vai decidir, talvez até o Presidente do local, ver no fundamento do recurso especial ou extraordinário o prenúncio de provimento. Esse recurso tem grande chance de ser provido. É isso que é relevância, numa linguagem tão simples, tão vulgar. O outro requisito é o perigo de uma mutação na situação patrimonial e pessoal imediata que possa nulificar ou diminuir o efeito esperado do julgamento posterior do STJ ou do STF. Esse é o *periculum in mora*.

Configurados os dois, está, portanto, permitida a concessão do efeito suspensivo a esses recursos extremos. Essa é uma das medidas, mas o Relator ou o Presidente do Tribunal pode tomar medidas menores ou maiores em função dessa tutela cautelar que está confiada ao caixa.

O Código introduziu alguma pequena modificação. Foi no campo da competência. De acordo com as duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal, 635 e 634, enquanto não se pronunciava o juízo de admissibilidade do recurso, quem deveria exercer o poder cautelar para atribuir o efeito suspensivo seria o Presidente ou vice-Presidente do Tribunal de origem. A decisão desse Juiz de origem poderia ser impugnada por agravo, mas ao Tribunal local, ao Colegiado local.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa situação muda no novo Código. Agora não existe duplo juízo de admissibilidade, só existe um. Esse juízo de admissibilidade está, portanto, concentrado no Tribunal *ad quem*, STJ ou STF. Assim, desde o momento em que o recurso foi protocolado e passou a estar em andamento em primeiro grau, o efeito suspensivo terá que ser requerido ao Tribunal. Lá não existe relator, então tem que se sortear um relator para o pedido de tutela cautelar, relator que ficará preventivo quando subir o recurso principal, propriamente dito.

A modificação foi grande. Temos, agora, competência desde o momento da entrada do recurso e temos competência recursal também perante o Tribunal de destino.

Só há um caso em que haverá juízo de admissibilidade em primeiro grau, que é o dos recursos represados. Nesse caso, o recurso represado, ainda antes de admissibilidade ou qualquer coisa, já existe. Como o recurso não tem efeito suspensivo, pode gerar efeitos nocivos para alguém que tem razão suficiente para pedir efeito suspensivo. Nesse caso, o efeito suspensivo terá que ser pedido diretamente ao Presidente do Tribunal local. Da decisão dele, parece-me, o recurso será um agravo para a Corte Superior, e não para o Pleno. Esse é um ponto que ainda não vi, mas está muito claro.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O processo está suspenso. O recurso produziria efeito...

**PROFESSOR DOUTOR HUMBERTO
THEODORO JÚNIOR**

Pela estrutura do Código, ele vai produzir efeito. Ele está suspenso, está implicitamente suspenso porque não pode prosseguir daquele ponto. Mas não está impedindo, tudo indica, de produzir os seus efeitos de cumprimento provisório, de execução provisória. Por isso que o Código, procurando uma coerência do seu sistema, programa a possibilidade do efeito suspensivo ser requerido ao Presidente local. Se ele tivesse totalmente suspenso, não teria sentido suspender outra vez. Ele vai ser suspenso na sua eficácia porque há o risco de ele ser cumprido forçadamente.

O meu tempo deve ter expirado. Mas penso que o principal da medida cautelar já foi exposto. Não estou fazendo grande teoria em torno dessa medida cautelar, mas apenas revelando as suas novidades, as suas novas dimensões, seja como norma procedimental, seja



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como distribuição nova de competência efetuada pelo novo Código de Processo Civil.

Agradeço muito a boa vontade de todos em me ouvir, agradeço, mais uma vez, a honra que me foi conferida de participar deste evento.

Muito obrigado!

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A honra foi nossa, de toda audiência, em ouvir o Professor Humberto Theodoro Júnior. É sempre uma satisfação imensa compartilhar da sua didática, da sua objetividade na exposição de temas tão intrincados.

Complementando a minha saudação anterior, faço aqui uma especial deferência à Ministra de sempre, Eliana Calmon, ao Deputado Paulo Teixeira, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados.

Para não perdermos tempo, passo a palavra ao Exmo. Ministro João Otávio de Noronha que, como sabemos, possui larga experiência, tanto no Magistério quanto na Magistratura, em temas de Direito Público e Direito Privado. Atualmente Sua Excelência integra a Segunda Seção, é Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Corregedor do Tribunal Superior Eleitoral.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estamos ávidos por sua intervenção, Ministro João Otávio de Noronha. Por favor, Vossa Excelência tem a palavra.

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Estimado Ministro Rogerio Schietti Cruz, e aqui, pela ordem de idade, meu conterrâneo Professor Humberto Theodoro Júnior, mineiro como eu. Aliás, vou dizer uma coisa a Vossa Excelência que digo por onde passo: "Ser mineiro não é simplesmente uma questão de cidadania, é um *status*; agora, ser mineiro cruzeirense, mais que um *status*, é uma grife". Professor Luiz Guuilherme Marinone, cuja inteligência é reconhecida, não só no Brasil, mas até fora, grande inovador do processo. Tenho a honra em dividir a mesa com duas privilegiadas inteligências. E, no meio dessa inteligência, precisa-se ter alguém menos inteligente para fazer as questões saírem, suscitarem. E esse é o meu objetivo. Fico muito feliz.

Quero dizer, inicialmente, do Código. Eu era radicalmente contra a modificação da legislação processual. Entendia que a nossa reforma já estava sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, já estava sedimentada no Supremo Tribunal Federal, e o que



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisávamos era mudar um artigo do Código, o 520, que atribuía efeito suspensivo como regra de apelação, o que a reforma não fez, lamentavelmente.

Mas temos uma lei nova. Participei do Congresso, em Campos do Jordão, a convite da Professora Teresa, em nome de quem quero saudar todas as mulheres que engrandecem este evento e aqui comparecem. Quero saudar, também, os meus Colegas, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Ministra Isabel Galotti, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Ministro Gurgel de Faria, a Ministra de ontem, de hoje e sempre, Ministra Eliana Calmon, a primeira pessoa com quem julguei no STJ. Quando tomei posse, integrei a Segunda Turma, que já era composta por dois baianos, Sua Excelência e o saudoso e querido Ministro Peçanha Martins, além do Ministro Franciulli Neto. Tenho até medo, porque os dois já foram daquela Turma, temos que resistir.

E quero saudar o deputado Paulo Teixeira, que foi o Relator, e todo Congresso Nacional. Nós temos uma lei nova e dizia Pontes de Miranda que o mínimo que o intérprete deve ter é uma dose – obrigação de todo intérprete – mínima de simpatia por um texto de lei que ele há de interpretar. Então, parece-me que essas críticas são superadas, já que temos um código. Nossa obrigação, nosso dever é outro: é dar viabilidade, promover interpretações construtivas que



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levem a decisões razoáveis e inteligentes. Esse agora o papel desafiador, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça, que dá a última palavra na interpretação de um dispositivo de lei federal infraconstitucional que se traduz como Código de Processo Civil.

Quando em Campos do Jordão critiquei – me limitei e quero ressaltar – o recurso especial, a maneira como ele foi tratado e de certa forma o recurso extraordinário, cujas consequências estamos vendo aí, a suspensão ou eliminação do juízo prévio de admissibilidade tornam praticamente o Superior Tribunal de Justiça, se não contratar, pelo menos, quinhentos funcionários... Porém, é inviável se continuarmos a tratar recurso especial como recurso ordinário, como recurso comum.

Se aplicarmos a bendita lição do Professor Luiz Guilherme Marinoni, teremos aqui, na verdade, sempre um julgamento de relevância da tese federal. Esse sim o papel de uma Corte Superior. A única corte que abria e julgava milhares de processos e por isso não funcionava era a Corte de Cassação da Itália, como disse o Professor Humberto Theodoro Júnior.

Se há um modelo que temos que repudiar atualmente para o Brasil é o modelo italiano. Não podemos instituir no Brasil uma terceira instância recursal. É evidente que não. Não podemos transformar tribunais, cujo papel constitucional é muito bem



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traçado, em mais um tribunal para julgar recurso.

Temos um propósito constitucional. Se examinarmos o Código de Processo Civil à luz da Constituição, saberemos que aqui não se poderá dar a amplitude que se tentou fazer no projeto do Código de Processo Civil. Cabe-nos em última palavra, em última instância, adequar esse Código à realidade dos recursos que são levados à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Fora dessa questão, observei vários pontos muito positivos do outro lado da reforma. Acredito que no processo de execução tivemos um bom aprimoramento. Por exemplo, o Código tratou com propriedade a desistência do recurso, considerando – fui até solitariamente voto-vencido na Corte – da possibilidade de desistência do recurso, ainda que repetitivo. Porém, a Corte acabou dando uma resolução que também não desrespeitou o direito subjetivo, potestativo da parte de desistir do recurso. Julga, proclama a tese, depois homologa a desistência.

Recentemente, o Código adota esse procedimento no art. 998, dizendo que a desistência do recurso não impede a análise da questão, cuja repercussão geral já se tenha reconhecido ou daquele objeto de julgamento, recurso extraordinário ou especial repetitivo. Buscou-se a solução, quer dizer, adotou-se ou incorporou-se a jurisprudência da Corte.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Só lastimo, em matéria de recurso, não termos dado o devido valor ao juízo de primeiro grau. Ou seja, a primeira instância continua a ser um órgão de passagem. Quando verificamos nas hipóteses de efeito suspensivo arroladas no art. 1.012, continua infeliz como o anterior.

A regra deveria ser: todo recurso. Nenhum recurso de apelação tem efeito suspensivo. Poderá dar o próprio juiz se entender relevante. Não dando o juiz, o relator no tribunal. Para quê? Para que a decisão do juiz de primeiro grau fosse efetivada de plano. Só assim podemos falar numa justiça célere e eficaz. Não adianta a promessa constitucional de uma justiça rápida, de duração razoável do processo, se os instrumentos processuais colocados à disposição das partes são emperrativos.

Acredito que o art. 1.012 mereça uma análise constitucional: se deveríamos adotar isso como regra ou se, num julgamento conforme, deveríamos entender que a suspensividade é a exceção, e não a regra, ao contrário do que versou o Código.

Mas parece-me que o Código andou bem em outras matérias. Acredito que deveriam ter abolido de vez até o agravo, deviam ter tido essa coragem. Congestionaria os tribunais, iria continuar existindo, emperrando com repercussão também no Superior Tribunal de Justiça.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas achei deveras interessante, adotando uma posição do Supremo Tribunal Federal, a lei, em matéria de embargos de declaração, cria algo *sui generis*. Ela cria, na realidade, os embargos declaratórios fantasma ou presumidos, porque considera incorporado na decisão aquilo que foi objeto de veiculação na peça recursal, ainda que o tribunal não tenha apreciado. Eu usei o termo fantasma porque realmente nós não poderemos considerar que houve julgamento de algo que não houve. Poderíamos ter tido outra redação, mas não importa, o espírito é que vale e o espírito é bom. Não adianta ficarmos anulando processo, devolvendo para, como acontece pelo Brasil afora, eles não enfrentarem ou maquiarem o enfrentamento e nos devolverem. Vamos considerar feito, vamos entregar a prestação jurisdicional. Isso foi louvável.

Por outro lado, e aqui quero chamar a atenção para os julgamentos no Superior Tribunal de Justiça, isso não quer dizer que não venhamos a anular decisões omissas. Sim, em matéria de prova não poderemos considerar nada prequestionável, nem podemos considerar prova produzida se ela não o foi, se oportunidades não foram dadas às partes.

Então me parece que isso resolve apenas a questão da Súmula n. 211. Aliás, chamo a atenção para a necessidade de constataremos esse tipo de omissão e anularmos o julgado, lembrando que o recurso de apelação é a última oportunidade da parte para



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revolver a matéria fática. Fora daí, não tem.

Em matéria de recurso especial alguma coisa me parece que temos que mudar no Brasil – e mudar mais profundamente. Sou amplamente favorável à instituição da repercussão. Não há recurso para Tribunal Superior no mundo, de regra, que não seja plasmado pelo espírito da relevância, ou seja, só se admite a impugnação, o conhecimento e o julgamento do recurso pelo Tribunal Superior quando a questão jurídica transcende o interesse das partes para ter uma repercussão econômica, social, de interesse geral. Esse é o papel de um Tribunal Superior e não revisar, como disse o nosso Professor Marinoni, as decisões de tribunal de apelação.

E observem: assim o é na estrutura procedimental brasileira que não é bem compreendida. A competência dos Tribunais Superiores encontra-se, em *numerus clausus*, relacionada na Constituição Federal. Lei ordinária não pode criar nenhuma espécie ou modalidade de recurso para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal que não seja através da Constituição, ou seja, qualquer alteração da nossa competência recursal, e mesmo a competência originária, necessita de uma modificação do texto constitucional. E por quê? Porque esses órgãos, os chamados Tribunais Superiores, têm um propósito diferente dos tribunais de apelação. E aí falo alguma coisa que parece que causa perplexidade: o



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

papel final desses órgãos não é, imediatamente, a justiça do caso concreto. Não é. É a interpretação e a uniformização da jurisprudência nacional. Esse é o papel. Não se pode colocar na frente do interesse público de ver dissipadas as divergências jurisprudenciais, ou do interesse público de prevalência da ordem jurídica, e o fazemos no Superior Tribunal de Justiça quando conhecemos o recurso pela alínea *a*. Como dizia Pontes de Miranda, o papel do tribunal é assegurar aquela inteireza do Direito Positivo Federal.

Mas observem, e aí volto mais uma vez ao Professor Marinoni, todos os julgadores, todos os Membros do Tribunal, todos aqueles que forem legislar sobre recurso especial, recurso extraordinário deveriam ler o livro de Calamandrei. Ele coloca isso com uma facilidade enorme para o leitor. Qual o papel do Estado no recurso especial? E qual o papel do privado no interesse público? Ele nos coloca que, na verdade, em sede de recurso de cassação, na Itália, que aqui faz, às vezes, o recurso especial do STJ, e por vezes o recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, e diz que, nesse tipo recursal, nessa espécie recursal, na verdade, o Estado pega uma carona no interesse privado da parte para expressar um interesse público na correta e justa interpretação da norma federal. Aqui, no caso da norma federal, da norma nacional. É esse o papel. Por isso, não nos cabe dar a largueza que alguns querem dar ao juízo de admissibilidade de recurso especial e



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraordinário.

Eu tenho dito. Talvez tenha que acontecer, e que me desculpem os autores, talvez tenhamos que emendar, que reformar a lei na sua vigência. Examine a estatística do Superior Tribunal de Justiça, estatística séria do número de recursos que vão aportar aqui se não houver admissibilidade prévia, provisória dos tribunais. Vejam a quantidade de recursos que são interpostos e quantos chegam aqui. É mentiroso o número de que 95% (noventa e cinco por cento) que aqui chegam. Não é verdade. Nós temos esse levantamento feito tribunal por tribunal. E assim não deve ser por uma razão simples. O juízo de admissibilidade, que existe em quase todo o mundo, é exatamente um sistema de freio. Primeiro para prestigiar a decisão local; segundo, para impedir que a Corte, sobrecarregada, não realize o seu desiderato, o seu propósito.

Portanto, é preciso ter coragem. Nós do Superior Tribunal de Justiça e os Ministros do Supremo Tribunal Federal certamente teremos que bater novamente à porta do Legislativo para adequar. E eu digo: por que não aproveitarmos a oportunidade para aprimorarmos a reforma processual? Não há código perfeito. Modificações foram feitas, e tenho certeza, nesse capítulo, com o propósito de melhorar: vou simplificar, vou desburocratizar. Mas não é esse o resultado que vamos atingir. Tenhamos essa certeza.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De qualquer maneira, a reforma também traz uma coisa muito positiva e desburocratizante. Eu não tenho nada, tenho elogios ao legislador quando ele cria a fungibilidade, e eu dizia isso para a Professora Teresa, do recurso especial e do recurso extraordinário. Nós não conhecemos aqui porque a questão é constitucional; o Supremo não conhece do recurso extraordinário, porque a matéria é infraconstitucional. E como resolver isso? Não tem solução. Não cabe rescisório contra o juízo de admissibilidade aqui. O Supremo não pode, no sistema atual, mandar que julguemos de novo.

Então, acho que se buscou, aqui, sim. Por que essa fungibilidade não nos prejudica tanto? Porque se é matéria infraconstitucional, já dito pelo Supremo, nós achávamos que era constitucional, ele disse que é infraconstitucional e, vice-versa, como em qualquer caso cabe a fungibilidade, vamos cumprir o papel, vamos interpretar a lei federal e dar a última palavra sobre o seu conteúdo.

Portanto, não acredito que isso possa emperrar, prejudicar; muito pelo contrário, essa era uma área vazia que tínhamos no processo, nos Tribunais Superiores, uma lacuna que precisava ser preenchida.

Quero chamar a atenção para algo que ninguém ainda está comentando: a nova abrangência dos embargos de divergência, que o art. 1043 dá ao



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instituto. Embargos de divergência sempre foram pontificados como um recurso que visava simplesmente unificar a jurisprudência do Superior Tribunal proferida, ou seja, unificar o entendimento jurisprudencial em razão de decisões proferidas em sede de recurso especial. Tanto assim que jamais admitimos acórdão paradigma oriundo de processos originários ou em recurso ordinário. A lei agora amplia para dizer que cabem os embargos de divergência. E cabem em recurso especial, nos processos de competência originária e, também, em recurso ordinário. Ou seja, os embargos de divergência deixam de ter um papel unificador apenas do recurso especial para ser um recurso de unificação de todas as posições do Superior Tribunal de Justiça.

É bem verdade que esses institutos – o recurso ordinário e o especial - têm propósito diferentes. Mas eu que, inicialmente, era contra, ao longo do tempo fui refletindo. Nós refletimos, mudamos de opinião. Graças a Deus que refletimos, mudamos de opinião, porque não podemos ter vergonha de aprender, de raciocinar, de olhar, de captar do colega aquilo que ele tem a nos ensinar. Hoje, verifico que esses instrumentos, nos moldes colocados, esse alastramento das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, possibilitarão uma unificação de toda a jurisprudência, de todas as decisões ou da orientação jurisprudencial total do Superior Tribunal de Justiça. Não vamos ficar apegados



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas ao REsp. É apenas uma crítica, não tem nada perfeito. Perfeito só o time do Cruzeiro, do ano retrasado e do ano passado - bicampeão brasileiro.

Observem bem: tem um dispositivo que me causou um pouco de perplexidade, fico até com dificuldade quando leio esse dispositivo: "Cabe embargo de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma Turma que proferiu a decisão embargada, desde que a sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade dos seus membros."

Nesse ponto, com a devida vênia, leram mal o nosso grande processualista carioca. Ele disse que já houve hipótese de se admitir embargos divergentes quando houve substancial modificação dos membros. Pergunto: cabem embargos de divergência na Terceira Turma por que mudou? Temos agora três novos Ministros, basta mudar mais um, com a minha saída daqui a pouco e caberão embargos de divergência de tudo o que decidimos? Para onde? A Seção vai unificar a jurisprudência da Turma? Ela já unifica a divergência entre Turmas, mas agora a divergência interna da Turma? Há divergência interna por que mudou a composição? Com a devida vênia, não. Não há nenhuma divergência. Há um novo entendimento. Há uma superação do entendimento anterior, do entendimento jurisprudencial, mas não há divergência interna. Há pouco tempo mudamos na Turma uma posição. Na semana passada, mudamos na Seção a



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão do suicídio e a sua repercussão no contrato de seguro, a interpretação do art. 798. Mas já tínhamos mudado isso na Turma, quer dizer, isso gera embargos de divergência? Teremos que construir. Se o acórdão paradigma mudou, mudou a composição, mas a decisão está em consonância com o entendimento jurisprudencial de ambas as Turmas ou com a da Seção; não há razão, não há propósito para os embargos de divergência.

Acredito que aqui será de difícil aplicação o dispositivo, porque as hipóteses de divergência têm o propósito de unificar a jurisprudência das duas Turmas. Se uma Turma mudou e divergiu da outra, já cabe. E, lógico, os embargos de divergência só podem caber para a Seção. Não cabem embargos de divergência para a própria Turma. A Turma já julgou. Não se trata de embargos infringentes. Parece-me que este dispositivo, o §3º do art. 1.043, na realidade, será de difícil aplicação ou de impossível aplicação nas hipóteses práticas, porque toda vez que ele puder incidir, já incidiu a divergência de Turma. E se a jurisprudência, ainda que mudada... se o entendimento jurisprudencial ou o da Turma sobre a tese já estiver em consonância com a da Terceira ou Quarta, se ambas estão em consonância, não cabem mais embargos de divergência porque não há mais propósito político de uma uniformização, que já se deu em sede de julgamento de Seção.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por isso, queria falar sobre a questão de deferimento das medidas cautelares no STJ, no recurso especial. Parece-me que chegou o momento de acabarmos com esse procedimento ou esse ato de ajuizar ação cautelar para dar efeito suspensivo. Irrita-me quando fala efeito suspensivo ativo; é o cúmulo da ignorância. Se é suspensivo não pode ser ativo. Ou pede-se um efeito ativo, o deferimento, ou se pede suspensivo. Não se pode falar em suspensivo ativo. Suspende para deferir? Não é razoável. Suspende-se ou não. Aliás, as medidas cautelares também podem ser no sentido de antecipar providência em sede de recurso especial, e não necessariamente atribuir apenas efeito suspensivo. Fica mais claro que não precisamos de uma medida cautelar. Uma simples petição - eu já admito isso hoje, e agora mais ainda - é suficiente para apreciação, porque todos os dados não estão no REsp. Todos os dados já estão nos autos do recurso especial. Não há razão, portanto, para processarmos, só com finalidade estatística, mas procedimentalmente não tem nenhuma finalidade. Vamos simplificar nesse ponto.

E, também, o Código não tratou, mas é possível a chamada antecipação da tutela em sede de recurso especial. É caso muito raríssimo.

Agradeço o convite do Professor, Jurista e Juiz Paulo de Tarso Sanseverino que organizou, em nome do Tribunal. Parabenizo a comissão. As críticas que faço aqui são construtivas, não têm nenhum propósito.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Temos novo Diploma e agora sobre ele vamos nos debruçar. Estamos nos debruçando para achar a melhor interpretação de modo a darmos ao povo brasileiro processo que seja realmente célere e eficaz, ou seja, para que realizemos no Superior Tribunal de Justiça verdadeiramente uma justiça "justa".

Muito obrigado.

ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Meus agradecimentos, em nome da organização do evento, pela exposição do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, como sempre muito apurada, muito objetiva, num tom crítico, que nos leva a muitas reflexões, na linha do que já foi a tônica de toda esta jornada.

Talvez possamos colocar como ponto comum entre as exposições do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e do Doutor Luiz Guilherme Marinoni uma necessidade de reflexão sobre o papel que há de representar o Superior Tribunal de Justiça, não só à luz do novo Código de Processo Civil, mas a partir da Constituição de 1988, em que ambos destacaram muito bem a premência de que não se tenha esta Corte como mera terceira instância revisora, ou Corte de cassação para corrigir julgados, mas, acima de tudo, como Corte de precedentes, que forme o Direito do futuro, que não



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas julgue o caso concreto, mas se preocupe em formar futuros julgados, tanto da própria Corte, quanto dos tribunais e juízes pelo Brasil afora, e também que sirva como orientação para todos os jurisdicionados, toda a sociedade.

Do Professor Dr. Humberto Theodoro Júnior eu destacaria - particularmente, ao que já ouvira em outra intervenção sua - essa curiosidade de que o novo Código de Processo Civil fez o que era crítica em relação ao Código de Processo Penal, que, todos sabemos, é código vetusto, já atingiu a sua aposentadoria compulsória, tem mais de setenta anos e sempre foi identificado como código atécnico - como de fato é.

No que diz respeito às medidas cautelares, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, ainda está em vigor um título dedicado às medidas cautelares, ao processo civil cautelar, no âmbito do processo penal, tínhamos e temos meramente medida cautelares pessoais, instrumentais, reais, e não temos verdadeiramente um processo penal cautelar. Agora, curiosamente, o novo Código de Processo Civil abandona essa necessidade de termos um processo penal, um processo civil cautelar decorrente de ação cautelar e permite que as providências, ou as medidas de urgência, sejam tomadas a qualquer momento, independentemente, inclusive, de provocação da parte



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interessada, desde que haja a necessidade daquela medida de urgência.

Lembrando-me de Carnelutti, que fazia aquela comparação muito interessante do processo civil em relação ao processo penal, dizendo que o processo penal é a irmã mais pobre, a Cinderela, do direito processual e, portanto, veste-se com as roupas que o processo civil deixou de lado, aquelas roupas bem maltratadas, já usadas, o processo penal acaba, neste momento, sendo resgatado na questão das cautelares.

Com isso, passo agora à entrega dos certificados, que o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, como Coordenador-Geral me incube de entregar. Inicialmente, ao Doutor Luiz Guilherme Marinoni, pela sua participação, em seguida ao Dr. Humberto Theodoro Júnior e também ao Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sr. Presidente, só queria corrigir um lapso: não saudei os juízes, não saudei os membros do Ministério Público - há uma promotora ali - e não saudei aqueles que fazem grande este Tribunal, indispensáveis aos nosso sucesso nos gabinetes, os servidores desta Casa. Então, sintam-se saudados também.



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Com certeza. São eles a razão principal do evento.

Encerraria essa primeira parte dos trabalhos vespertinos fazendo uma homenagem a Eduardo Galeano, que hoje nos deixou após uma existência rica e poética. Nada mais pertinente aos fins deste evento do que uma de suas inúmeras reflexões que diz: "A primeira condição para modificar a realidade consiste em conhecê-la". É isso que estamos procurando fazer nesta tarde.

E, por isso, já os convido para, em seguida, após um brevíssimo intervalo de cinco minutos, darmos prosseguimento ao terceiro painel sobre Recursos Repetitivos e Repercussão Geral no novo Código Civil, com a presença do Sr. Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria e dos Professores Doutores Luiz Rodrigues Wambier e Daniel Mitidiero.

Boa tarde.

Obrigado a todos.