

AS PERSPECTIVAS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Procurador Federal, Professor do UniCEUB e UNIJUR. Professor da Pós-Graduação do IDP. Membro do IADF. Ex-Adjunto do Procurador-Geral Federal e ex-Procurador-Geral da Fundação Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução e Notícia Histórica; 1 Conceito e Natureza; 2 Objeto; 3 Dos Requisitos dos Recursos Extraordinário e Especial Que Sofreram Alteração no Projeto do Novo Código de Processo Civil; 3.1 Da Tempestividade do Recurso e do Prazo Para Contrarrazões; 3.2 Do Prequestionamento; 4 da Fungibilidade Entre os Recursos Especial e Extraordinário; 5 Dos Efeitos dos Recursos Especial e Extraordinário; 6 Da Objetivação do Processo (Repercussão Geral e Julgamento de Recurso Especial Repetitivo) no Novo Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, alterada pela Lei nº 13.256/2016) trouxe significativas alterações no âmbito dos recursos excepcionais. Porém, como as hipóteses de cabimento de ambos os recursos, bem como sua natureza e alguns requisitos estão estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. A norma infraconstitucional não tem o condão de prever ou alterar competências estabelecidas para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, órgãos competentes para o julgamento do recurso extraordinário e recurso especial, respectivamente.

INTRODUÇÃO E NOTÍCIA HISTÓRICA

O histórico do recurso especial se confunde com o do recurso extraordinário até a promulgação da Constituição da República de 1988, sendo instituído no Brasil pelo parágrafo único do artigo 9º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, o qual criou o Supremo Tribunal Federal e conferiu-lhe competência para julgar o recurso das sentenças definitivas proferidas em última instância pelos tribunais e juízes dos estados.

O recurso extraordinário, até então inominado, foi inspirado no *writ of error do Judiciary Act* norte-americano, de 24 de setembro de 1789, o qual admitia recurso contra as decisões da Justiça Estadual para a Suprema Corte, a fim de possibilitar a uniformidade de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais exaradas pelos tribunais estaduais.

Assim, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário as causas decididas em última ou única instância envolvendo tanto matéria constitucional, quanto infraconstitucional, relativa a tratado ou lei federal.

Porém, na década de 60, o Supremo Tribunal Federal se viu diante de um acúmulo de recursos para julgamento, motivando diversos estudos de possíveis medidas para reduzir o número de processos naquele tribunal. Na monografia “A Crise do Supremo”, José Afonso da Silva apresentou a idéia de criação de um novo Tribunal Superior correspondente ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho para compor as estruturas judiciárias do direito comum¹.

O constituinte de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e estabeleceu como sua competência o controle da legalidade e da correta

1 SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-6.

aplicação do direito federal infraconstitucional². Para Arruda Alvim, coube a este novo Pretório “matéria vital, qual seja, a de ser guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional, assegurando-lhe validade e bem assim, uniformidade no entendimento”³.

1 CONCEITO E NATUREZA

O sistema recursal brasileiro estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil prevê duas modalidades de competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, uma de natureza ordinária (inciso II dos artigos 102 e 105) e outra de natureza extraordinária (inciso III dos artigos 102 e 105). A diferença entre os dois tipos de competência consiste no âmbito de devolutividade da decisão, uma vez que, no primeiro caso, a análise da Corte Superior abrange tanto a matéria fática quanto a questão de direito, enquanto no segundo, restringe-se a questão de direito.

Com efeito, isso decorre do objetivo do recurso interposto, haja vista que no recurso ordinário se busca uma melhor justiça na decisão, havendo, por conseguinte, a necessidade do reexame de fatos. Já nos recursos de natureza extraordinária, do qual os recursos extraordinário e especial fazem parte, o objetivo do recurso é preservar a Constituição da República, o direito federal infraconstitucional e uniformizar a jurisprudência, a fim de garantir ao jurisdicionado uma maior segurança jurídica, possibilitando recurso caso exista decisões divergentes de tribunais distintos sobre o mesmo tema.

Desta forma, permanece a ideia de que não haverá a possibilidade de os recursos extraordinário e especial serem interpostos para simples reexame de provas, de sorte a permanecer íntegros os enunciados da Súmula nº 7 do STJ e nº 279 do STF, havendo apenas possibilidade de reavaliação de provas, ou seja, de reanalisar a questão sem a alteração do que o tribunal *a quo* considerou como suporte fático⁴.

2 Neste sentido, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 592.

3 ALVIM, Arruda. O Recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31.

4 Neste sentido, STJ – 2ª Turma, AGREsp nº 405.967, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 21.10.2002, Seção 1, p. 357; STJ – 1ª Turma, EEREsp nº 332.663, Rel. Min. José Delgado, DJU de 16.02.2004, Seção 1, p. 204; STJ – 1ª Turma, Resp nº 540.179, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 14.06.2004, Seção 1, p. 170; STF – 2ª Turma, RE nº 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.02.1997, Seção 1, p. 2831; inter plures.

2 OBJETO

Quanto ao objeto, há distinção entre os recursos extraordinário e especial, porquanto o inciso III do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de causas decididas em única ou última instância quando envolver questão constitucional, não especificando órgãos jurisdicionais cujas decisões ensejam a interposição do recurso.

Assim, há possibilidade de recurso extraordinário contra qualquer decisão, desde que seja proferida em última ou única instância. Por isso, há possibilidade de recurso extraordinário para impugnar decisão de juízo de 1º grau de jurisdição ou turma recursal de juizado especial⁵ quando não houver recurso de natureza ordinária.

Entretanto, o inciso III do artigo 105 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Assim, verifica-se que somente é cabível recurso especial para impugnar decisão das referidas Cortes. Por esta razão, o STJ entendeu ser inadmissível o presente recurso contra decisão proferida em recurso julgado nos Juizados Especiais, entendimento consubstanciado no Enunciado nº 203 da Súmula daquela Corte.

Igualmente, pelo mesmo motivo do exposto para as decisões proferidas por Turma Recursal em Juizado Especial, não é possível a interposição de recurso especial quando a decisão impugnada se deu pelo Juízo de 1º grau na análise dos embargos infringentes previstos no artigo 34 da Lei nº 6.830, de 22.09.1980 (Lei de Execuções Fiscais), para as causas de até 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN⁶.

Assim, em que pese sejam semelhantes, por impugnarem decisões proferidas em única ou última instância, o objeto dos recursos extraordinário

5 Verbetes da Súmula nº 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal.

6 Neste sentido, SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 595.

e especial se diferem quanto à possibilidade recursal quando a decisão fustigada não tenha sido proferida por tribunal.

3 DOS REQUISITOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL QUE SOFRERAM ALTERAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO E DO PRAZO PARA CONTRARRAZÕES

Dentre as alterações que podem ser citadas no novo CPC, inclui-se o prazo para a interposição do recurso, bem como para as contrarrazões, que antes era de 15 (quinze) dias corridos, em conformidade com o artigo 508 do Código de Processo Civil, passando a ser de 15 (quinze) dias úteis, de acordo com o que prescreve o § 5º do artigo 1.003 c/c artigo 219, ambos do CPC/2015.

No caso de início da contagem, caso a intimação se verifique na sexta feira ou véspera de feriado, exclui-se este e o prazo somente começa a fluir no primeiro dia útil subsequente.

Igualmente, na hipótese de a intimação ser realizada em sábado, domingo ou feriado, considera-se como se realizada fosse no primeiro dia útil subsequente, excluindo-se este, razão pela qual o prazo começa a fluir do segundo dia útil.

Cumprе ressaltar que na hipótese de o feriado ser local, cabe ao recorrente demonstrar sua ocorrência, de forma que o tribunal ad quem não é obrigado a conhecer de ofício, conforme estabelece o § 6º do artigo 1.003 do CPC/2015, o que corrobora com a posição dos tribunais pátrios, como se verifica de acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁷, assim ementado, *litteris*:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE EXPEDIENTE FORENSE. NÃO COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. ÔNUS DO AGRAVANTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

7 STJ, Quarta Turma, Agravo Regimental no Agravo nº 1.402.515, Relator Ministra Isabel Gallotti, DJe de 01.02.2012.

1- A ocorrência de feriado local, paralisação ou interrupção do expediente forense há de ser demonstrada por documento oficial ou certidão expedida pelo Tribunal de origem, capaz de evidenciar, no ato de sua interposição, a prorrogação do prazo do recurso que pretende seja conhecido por este Superior Tribunal.

2- Incumbe exclusivamente à parte recorrente o ônus de diligenciar pela correta formação do agravo e, em especial, de demonstrar, no ato de sua interposição, haver o recurso sido tempestivamente deduzido, o que não aconteceu na hipótese dos autos. Precedentes da Corte Especial do STJ.

3- A certidão genérica, lavrada por servidor público, que pura e simplesmente atesta, na origem, a tempestividade do recurso especial, não desobriga a parte recorrente de certificar, no ato da interposição do recurso, a suspensão da atividade forense.

4- É incabível converter o julgamento em diligência ou autorizar a extemporânea juntada de peça obrigatória, a fim de suprir, nesta via processual, a deficiente instrução do recurso. Precedente do STJ.

5 Agravo regimental a que se nega provimento⁸.

Questão relevante também é saber as consequências da limitação do expediente forense. Verifica-se que indubitavelmente se a limitação englobar o último minuto para a interposição do recurso, deve-se prorrogar o prazo para o primeiro dia útil subsequente.

Caso o dia de início e ou a data de término do prazo venha a ser dia em que haja indisponibilidade do sistema de comunicação eletrônica ou, ainda, o expediente do tribunal seja reduzido, quer por iniciar os trabalhos mais tarde, quer por encerrá-lo mais cedo, este deverá ser protraído, devendo contar a partir do primeiro dia útil subsequente, conforme estabelece o § 1º do artigo 224.

Na hipótese de a limitação do expediente forense ser no período matutino, havendo expediente normal a partir do turno vespertino, como ocorre na quarta-feira de cinzas, por exemplo, havia divergência entre

8 No mesmo sentido, STJ, Corte Especial, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 756.836, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJe de 26.06.2008.

parte da doutrina autorizada⁹ que defendia a impossibilidade do término do prazo, devendo prorrogar-se o prazo para o primeiro dia útil subsequente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que havia pacificado o entendimento no sentido de que não deve haver prorrogação do prazo, uma vez que o tribunal estava aberto no momento do fim do prazo recursal, de forma que não há incidência do disposto no § 1º do artigo 184 do Código de Processo Civil de 1973¹⁰. Assim, como verificado o novo CPC solucionou a questão utilizando a primeira posição.

É de se ressaltar, ainda, quanto à tempestividade, que em processo civil e trabalhista, o Ministério Público e a Fazenda Pública gozam de prazo em dobro para recorrer, por disposição dos artigos 180 e 183 do CPC/2015, haja vista a necessidade de obter informações para a defesa do interesse público, o mesmo ocorrendo para apresentar contrarrazões ao recurso. Este último tópico revelou alteração legislativa.

Da mesma forma, verifica-se que o artigo 229 do CPC estabelece que litisconsortes com procuradores distintos têm a prerrogativa de prazo em dobro para contestar, recorrer e de um modo geral falar nos autos.

Verifica-se que a prerrogativa do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos não se justifica quando se tratar processo eletrônico, pois a justificativa para que litisconsortes com procuradores distintos tenham a prerrogativa sursum mencionada reside na dificuldade de acesso aos autos.

Desta forma, também não será cabível o prazo em dobro, caso seja cabível o recurso por apenas um dos litisconsortes^{11 12}.

A defensoria pública também goza da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer, em conformidade com o artigo 128 da Lei Complementar

9 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109

10 Neste sentido, STJ, Quarta Turma, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no REsp nº 1.220.364, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 18.04.2011; STJ, Terceira Turma, Embargos de Declaração no REsp nº 661.119, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 29.05.2006; STJ, Quinta Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.262.955, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 17.12.2010; inter plures.

11 STF – Pleno, Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 330.106, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 28.06.2002, p. 88.

12 Esta também é a inteligência do verbete da Súmula 641 do STF: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

nº 80/1994, mesmo se tratando de matéria penal e processual penal. Tal prerrogativa deve-se, hoje, à ausência de infraestrutura da instituição, consubstanciando-se, assim, norma que sofre de inconstitucionalidade progressiva ou em trânsito, de forma que, tão logo a defensoria tenha a infraestrutura adequada não haverá possibilidade de prazo em dobro¹³.

Com efeito, o artigo 186 do CPC/2015 também estabeleceu o prazo em dobro para a defensoria pública.

3.2 DO PREQUESTIONAMENTO

Houve alteração também no que concerne ao prequestionamento do recurso especial, haja vista que a redação do artigo 1.025 do novo CPC estabelece que: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”. Tal posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴, mas não do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

O prequestionamento nos recursos excepcionais decorre da expressão “causas decididas” contida no inciso III dos artigos 102 e 105 da Constituição da República Federativa do Brasil, o que demonstra a necessidade de o Tribunal *a quo* ter analisado a questão para possibilitar a abertura da via extraordinária.

Não se pode confundir a menção ao dispositivo legal com o prequestionamento, há possibilidade de estar satisfeito o referido requisito recursal, sem que o diploma seja ventilado no acórdão impugnado, necessitando apenas que a matéria seja debatida. Este é o entendimento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida. (EREsp

13 Neste sentido, STF – Pleno, HC nº 70.514, Relator Ministro Sydney Sanches, DJU de 27.06.1997, p. 30.225.

14 STF – Pleno. Questão de Ordem no RE nº 219.934, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJU de 26.06.2000, Seção 1, p. 23.

15 Enunciado da Súmula nº 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’”.

nº 181.682, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 16.08.1999, Seção 1, p. 37)¹⁶.

Da mesma forma, caso haja a citação do dispositivo legal e o acórdão fustigado não tenha enfrentado o tema, não há o devido prequestionamento para fins de interposição de recurso especial¹⁷, porquanto este requisito se refere à matéria julgada e não ao dispositivo tido por violado.

O entendimento também está consolidado no enunciado da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal que pode ser utilizada para o recurso especial, *litteris*: “É inadmissível recurso extraordinário, quando não ventilada, a questão federal suscitada”.

Com efeito, caso o acórdão impugnado não tenha enfrentado o tema suscitado na instância *a quo*, deve o recorrente opor embargos de declaração com o objetivo de sanar a omissão do julgador, antes da interposição de recurso especial, porquanto a matéria não se encontra decidida, inexistindo, conseqüentemente, o devido prequestionamento da matéria.

Este é o posicionamento dominante consubstanciado no verbete nº 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que pode ser aplicado também ao recurso especial, *ipsis verbis*: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Contudo, há divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal acerca da existência de prequestionamento, quando há embargos de declaração opostos e rejeitados.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não está satisfeito o requisito do prequestionamento da matéria em que houve omissão, quando foram opostos embargos de declaração e estes foram rejeitados, uma vez que a causa não foi decidida naquele tópico pelo Corte *a quo*.

Neste sentido se encontra o enunciado da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

16 No mesmo sentido, EREsp nº 177.258, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 17.02.2003, Seção 1, p. 212; EREsp nº 198.413, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU de 08.04.2002, Seção 1, p. 111; entre outros.

17 Neste sentido, AGREsp nº 625.725, Relator Ministro José Delgado, DJU de 05.08.2004, Seção 1, p. 197

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal “a quo”.

A posição sursum mencionada é verificada no voto proferido pelo Ministro Demócrito Reinaldo no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 67.820-2/SP¹⁸, onde entende ser defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisar tema que não fora julgado pelo acórdão recorrido, a fim de não violar o princípio das instâncias recursais, *verbis*:

Com efeito, é defeso a esta Corte debruçar-se sobre tema não examinado pelo acórdão recorrido, pois se assim procedesse estaria vulnerando o princípio das instâncias recursais, que limita a amplitude do efeito devolutivo. A supressão de instância, sua consequência concreta, constitui gravíssimo atentado contra as garantias processuais das partes, principalmente no que concerne ao direito de defesa.

A apreciação de questão não debatida subverte o ‘iter’ processual, apanha a parte adversa de surpresa e cria para esta Corte o ônus de conhecer tema jurídico inédito. A uniformização da interpretação da lei federal tem como pressuposto lógico a prévia existência de exegese destoante, não sendo logicamente possível exercer raciocínio dialético sem que haja duas teses antagônicas.

Quando houver a rejeição dos embargos de declaração opostos de modo equivocado, cabia ao embargante interpor recurso especial alegando a violação dos artigos 165, 458 e 535 do antigo Código de Processo Civil, com o objetivo de anular o acórdão proferido em sede de embargos de declaração, o que, uma vez provido, acarretará o retorno dos autos à instância a quo para o seu correto julgamento. Neste sentido, se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 440.258/SC¹⁹, *litteris*:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, II, DO CPC – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – EMPRESA DE LATICÍNIOS – CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA – NECESSIDADE DE REGISTRO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PARA SANAR OMISSÃO – DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO

18 STJ – 1ª Turma. AGA 67.820, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 25.09.1995, Seção 1, p. 31.089. RSTJ 108/353.

19 STJ – 2ª Turma. REsp nº 440.258/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 01.04.2003, Seção 1, p. 324.

EM DESCOMPASSO COM A PRETENSÃO FORMULADA –
RECONHECIDA VULNERAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, II,
DO CPC – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO
PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À CORTE
DE ORIGEM

[...]

Como se pode observar, a Corte Estadual não analisou os dispositivos apontados pela recorrente como violados. Verificada a desarmonia entre a pretensão deduzida pela parte embargante e a solução dada aos embargos declaratórios, configurada está a vulneração aos artigos 458 e 535, II, do estatuto processual civil, de modo a merecer que os autos retornem ao colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para que haja um novo pronunciamento da matéria.

Recurso Especial provido.

No entanto, outro é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que considera prequestionada a matéria com a oposição dos embargos de declaração, não havendo necessidade de seu provimento. Neste sentido, já se pronunciou o Plenário do Excelso Pretório no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 219.934²⁰, adotando o prequestionamento ficto para o recurso extraordinário.

Essa divergência era perfeitamente plausível, na medida em que, na hipótese do recurso extraordinário, para possibilitar seu conhecimento, a violação ao dispositivo constitucional deve ser frontal e direta e não por via reflexa.

Assim, caso houvesse equívoco do Tribunal *a quo* no julgamento de embargos de declaração e não fosse possível a interposição de recurso especial, como por exemplo, nos julgados de Turma Recursal dos Juizados Especiais e naqueles proferidos em embargos infringentes de alçada (artigo 34 da Lei 6.830/80), a parte seria penalizada, não sendo possível a interposição de recurso extraordinário.

Ressalte-se que, em que pese plausível a divergência, a unificação do posicionamento seguindo o STF é a mais razoável, porquanto trará

20 STF – Pleno. Questão de Ordem no RE nº 219.934, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJU de 26.06.2000, Seção 1, p. 23.

maior segurança ao recorrente, sem, contudo, prejudicar a parte. Ademais, poderá acarretar em maior celeridade no julgamento da demanda, pois o Superior Tribunal de Justiça analisará a matéria e não simplesmente anulará o acórdão impugnado nos embargos de declaração.

4 DA FUNGIBILIDADE ENTRE OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Outra inovação do novo CPC é a possibilidade de fungibilidade de recurso especial e extraordinário, de forma que, caso o Superior Tribunal de Justiça entenda que a matéria é de índole constitucional remeterá o processo ao Supremo Tribunal Federal para julgamento e, caso o STF entenda que a matéria é infraconstitucional remetê-lo-á novamente ao STJ por decisão irrecorrível.

Os artigos 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015 estabelecem a possibilidade de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, pois caso o relator entenda que o recurso especial versa questão constitucional encaminhará os autos ao Supremo Tribunal Federal, após conceder o prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e, de outro lado, caso o relator do recurso extraordinário entender que a matéria versa sobre matéria infraconstitucional federal, encaminhará os autos ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível.

Verifica-se que tal medida adotada pelo legislador foi de extrema importância a medida em que, pelo sistema atual do Código de Processo Civil, caso o Superior Tribunal de Justiça assentasse que a matéria é de índole constitucional, o recorrente deveria se antecipar e interpor desde logo recurso extraordinário, alegando violação ao permissivo constitucional do recurso especial, ainda que tivesse interposto recurso extraordinário, porquanto poderia o STF entender que havia matéria infraconstitucional, a qual não fora analisada, o que inviabilizaria a análise do extraordinário. Ressalte-se que, recentemente, mesmo a tese de violação ao permissivo constitucional do recurso especial não encontrou guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²¹.

Ponto importante sobre a possibilidade de fungibilidade refere-se à abertura de prazo para que o recorrente demonstre a repercussão geral,

21 Neste sentido, STF – 2ª Turma, AgRg no RE nº 587.433, Rel. Min. Eros Grau, DJ-e 192 de 09.10.2008; STF – 2ª Turma, AgRg no RE 436.509, Rel. Min. Eros Grau, DJ-e 60 de 03.04.2008, entre outros.

caso o relator considere que a matéria seja constitucional. Com efeito, tal procedimento é necessário, porquanto não há necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso especial, sendo requisito constitucional, entretanto, do recurso extraordinário.

5 DOS EFEITOS DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Igualmente, houve alteração na profundidade do efeito devolutivo do recurso especial, porquanto no sistema antigo o § 2º do artigo 542 do Código de Processo Civil estabelecia que o recurso especial seria recebido no efeito devolutivo. Contudo, é de se ressaltar que esse efeito não é amplo, devendo restringir-se quanto à extensão à matéria infraconstitucional federal e quanto à profundidade às questões analisadas pelo Tribunal *a quo*.

O artigo 1.034 do novo Código de Processo Civil estabelece que, uma vez admitido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal julgará o processo, conforme o caso, aplicando o direito.

O parágrafo único do dispositivo *sursum* mencionado prescreve que 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.

Cabe salientar que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal assentaram que o efeito devolutivo do recurso especial e extraordinário é restrito, de sorte que não é possível a análise de fundamentos não analisados pelo juízo *a quo*²².

A referida alteração acarreta economia processual, a medida em que, na sistemática atual, caso seja provido o recurso especial ou o recurso extraordinário, os autos deverão retornar à instância *a quo* para a análise de outras razões ou causas de pedir, para, posteriormente, nova interposição de recurso especial ou extraordinário, se possível.

Com efeito, verifica-se que se o outro fundamento for de índole constitucional e tiver sido analisado o recurso especial, caberá ao Superior Tribunal de Justiça remeter o processo ao Supremo Tribunal Federal, de

²² Neste sentido, STJ – 4ª Turma, AgRg no AG nº 657.962, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 29.10.2007, Seção 1, p. 242; STJ – 4ª Turma, AgRg no REsp nº 457.356, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 13.09.2004, p. 244; STF – 2ª Turma, AgRg no AI nº 539.291, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 11.11.2005, Seção 1, p. 43; inter plures.

acordo com os artigos 986 e 987, já analisados no tópico da fungibilidade entre os dois recursos.

A alteração mencionada acarreta também a tendência em se admitir o efeito translativo nos recursos especial e extraordinário, porquanto permite a análise de temas ainda não analisados, desde que haja o conhecimento do recurso. Verifica-se que, aparentemente, algumas matérias já podem ser analisadas de ofício até o trânsito em julgado da decisão, conforme prescreve o § 3º do artigo 485 do novo CPC.

Ressalte-se que a matéria é de grande importância e não se encontra pacificada na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de efeito translativo aos recursos de natureza excepcional.

Há basicamente três correntes acerca do tema: a) impossibilidade do efeito translativo, porquanto viola o prequestionamento ou acarreta reexame de provas, defendida por Cássio Scarpinella Bueno²³ e Thereza Arruda Alvim Wambier²⁴, bem como pelo Supremo Tribunal Federal e parte do Superior Tribunal de Justiça²⁵; b) possibilidade do efeito translativo, independentemente do prequestionamento, posição adotada por Fredie Didier Júnior²⁶, Nelson Luiz Pinto²⁷ e Rodolfo Camargo Mancuso²⁸, bem como por parte do Superior Tribunal de Justiça²⁹; e c) possibilidade do efeito translativo, desde que haja o presquestionamento, defendido por parte do Superior Tribunal de Justiça³⁰.

Com a expansão do efeito devolutivo do recurso especial, abre-se o reconhecimento da possibilidade do efeito translativo, ou seja, a possibilidade

23 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

24 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2008, 2 ed p.358.

25 STF – 1ª Turma. AgRg no AI 633.188/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 31.10.2007. No mesmo sentido: STJ – 6ª Turma. AgRg no AI 967852/PE. Rel. Des. convocada Jane Silva, DJe de 28.04.2008.

26 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 321/322.

27 PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

28 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 230.

29 STJ – 1ª Turma. REsp nº 114.612, Rel. Min. José Delgado, DJU de 04.05.1998, Seção 1, p. 81.

30 STJ – 5ª Turma. REsp nº 906.839, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ-e de 21.08.2008.

de se conhecer de ofício matéria de ordem pública, desde que conhecido o recurso, como já defende Bernardo Pimentel Souza³¹.

6 DA OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO (REPERCUSSÃO GERAL E JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO) NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil também foi sensível ao fenômeno da objetivação do processo, que foram positivados por intermédio da repercussão geral e do julgamento do recurso especial repetitivo, prevendo a força do precedente de um lado e o ingresso de terceiro, na qualidade de *amicus curiae*, de outro.

Verifica-se que a noção principal dos dois institutos não foi modificada pelo novo CPC, apenas houve a possibilidade expressa de suspensão do processo no 1º e 2º graus de jurisdição.

Quando houver a discussão de idêntica controvérsia de direito haverá julgamento de um e suspensão dos demais processos e, após a decisão, aplicar-se-á a tese assentada no Superior Tribunal de Justiça, no caso de recurso especial repetitivo ou no Supremo Tribunal Federal, na hipótese de julgamento de recurso extraordinário repetitivo.

A inovação expressa no novo Código de Processo Civil está na possibilidade de suspensão dos processos que tramitam na primeira instância e nos tribunais de segundo grau de jurisdição, não se restringindo àqueles em que o recurso excepcional já tenha sido interposto.

Quanto ao sobrestamento, o § 9º do artigo 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de a parte requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado.

Tendo em vista que o sobrestamento dos processos não se limita àqueles que tenham recurso especial ou recurso extraordinário interpostos, mas sim a todos os processos, de sorte que, o pedido demonstrando o *distinguishing* deve ser dirigido: a) ao juiz, quando o processo estiver tramitando no primeiro grau de jurisdição; b) ao relator, se o processo estiver

31 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 663/664.

tramitando no tribunal de origem; c) ao relator do acórdão, se for sobrestado recurso especial no tribunal de origem; e d) ao relator do recurso especial no tribunal superior, caso já tenha havido o juízo de admissibilidade.

Ressalte-se que nem sempre o relator no tribunal de origem será o relator do acórdão, pois há possibilidade de o relator originário ser vencido, cabendo àquele que proferiu o voto vencedor a função de relatar o acórdão.

Após o pedido de *distinguishing* a outra parte deve ser ouvida no prazo de 5 (cinco) dias, a fim de possibilitar o contraditório.

Caberá ao magistrado competente, juiz ou relator, conforme o caso, decidir acerca da diferença entre o processo paradigma e o caso a ser analisado. Da decisão do magistrado caberá agravo de instrumento ou agravo interno, respectivamente, da decisão do juiz de primeiro grau ou do relator, conforme estabelece o § 13 do artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, quando houver sobrestamento de recurso intempestivo, haverá possibilidade de o interessado requerer a exclusão do sobrestamento e a inadmissão do recurso, tendo o recorrente cinco dias para se manifestar.

Desta decisão, será cabível apenas agravo interno, conforme estabelece o § 3º do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 13.256/2016.

Após o julgamento do paradigma pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, se o posicionamento do tribunal *ad quem* for consonante com o assentado pelo tribunal de origem, o recurso sobrestado terá seu seguimento negado, conforme expressamente previsto no inciso I do artigo 1.040 do novo Código de Processo Civil.

É de se ressaltar que tal previsão, quanto ao recurso especial, apenas alarga a aplicação do enunciado da Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça, que já previa essa consequência na hipótese de interposição pela alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição da República.

De outro lado, quando o posicionamento do tribunal superior divergir daquele adotado pela Corte *a quo*, haverá possibilidade de retratação por parte do colegiado de origem, evidenciando efeito regressivo do recurso.

Na hipótese de o tribunal de origem não se retratar, deverá continuar o procedimento do recurso especial ou do recurso extraordinário, com a análise da admissibilidade do recurso, conforme estabelece o artigo 1.041 do CPC/2015.

Cabe ressaltar, a retratação deve verificar se houve o trânsito em julgado da decisão, ou seja, se o recurso especial foi tempestivo, porquanto não pode haver possibilidade de retratação de matéria em que já se operou a coisa julgada.

Com efeito, caso o processo sobrestado esteja tramitando no primeiro ou no segundo grau de jurisdição, este retomará seu curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Quanto a este tópico, a redação originária do artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 previa a possibilidade de reclamação quando não fosse observado precedente em recurso especial ou recurso extraordinário repetitivos. Entretanto, com a edição da Lei nº 13.256/2016, a hipótese de reclamação restringe-se aos casos em que não haja a possibilidade de recurso de natureza ordinária, a partir da interpretação do § 5º. Assim, o cabimento da reclamação ganhou um aspecto subsidiário.

Com efeito, a objetivação do processo trará maior uniformidade para as soluções dadas pelo Poder Judiciário. Porém, deve-se atentar que a interpretação do dispositivo deverá ser feita de modo a não prejudicar a coisa julgada, ou seja, caso o recurso seja intempestivo e tenha-se operado o trânsito em julgado, a circunstância deve ser reconhecida de modo a impossibilitar o julgamento do recurso.

