

Recurso Especial: Peculiaridades

Eliana Calmon

(Ministra do Superior Tribunal de Justiça)

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Competência. 3 – Pré-questionamento. 4 – Peculiaridades. 5 – Do agravo de instrumento (art. 544 e 545 do CPC). 6 – Do agravo de instrumento convolado (art. 544, § 3.º do CPC, redação dada pela Lei n.º 9.756/98).

1. Introdução

O Brasil é um país que adota a dualidade de justiça: federal e estadual.

A divisão objetiva a manutenção da unidade de interpretação do Direito com enfoque local, em relação às pessoas domiciliadas nos Estados, cujas relações jurídicas têm repercussão, de um modo geral, também no território estadual, reservando-se à Justiça Federal a unidade da interpretação do Direito relativo aos entes ou pessoas cujas relações se espraiam por mais de um Estado da Federação.

Ambas, Justiça Federal e Justiça Estadual, são braços da justiça comum, em paralelo às justiças especializadas: Justiça Eleitoral, Trabalhista e Militar.

Como órgão de cúpula da Justiça Comum, tínhamos, até 1988, o Supremo Tribunal Federal que, via recurso extraordinário, fazia o controle e uniformização na interpretação do Direito Constitucional e/ou infra-constitucional.

Esta era, portanto, a estrutura do Judiciário que levava a um asoberbamento da Corte Suprema.

Constituída tradicionalmente de onze ministros, a Corte Maior tornou-se impotente para dar prontas respostas aos jurisdicionados, sendo criados óbices e óbices procedimentais para barrar os recursos extraordinários. A *CF 167*, por exemplo, incumbiu-se de diminuir drasticamente o cabimento do recurso extraordinário.

O Regimento Interno da Corte, por seu turno, criou tantos obstáculos que se adotou, por final, o instituto da “Arguição de Relevância”, espécie de salvação das demandas que, atropeladas pelos óbices, na prática tinham grande expressão social, pelo alcance qualitativo ou quantitativo.

O Sistema Federativo, trazido para a República como centrífuga, partindo do Poder Central para as esferas estaduais e municipais autônomas, levava a uma divergência de interpretação, especialmente quando se contrastava a Justiça Estadual com a Justiça Federal. Daí a razão de uma justiça nacional.

Com a Constituição Federal de 1988, pretendeu-se superar a “crise do Supremo Tribunal Federal”, ao tempo em que se voltou o legislador constitucional para as amplas aspirações da classe jurídica nacional. Afinal, esperava-se que, sob a égide da nova disciplina constitucional, crescessem as demandas.

Resgatando-se a dívida que tinha o Estado para com a Federação, criou-se o Superior Tribunal de Justiça.

Com o novo Tribunal, o Supremo Tribunal Federal transformou-se em Corte predominantemente constitucional, deixando para o novo sodalício as causas de Direito infraconstitucional.

Pode-se, então, dizer, a partir da Carta de 1988, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, enquanto o Superior Tribunal de Justiça é o órgão de cúpula da Justiça Comum.

O novo Tribunal foi a melhor alternativa para solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal, reduzindo os feitos de sua competência.

Como guarda da ordem jurídica federal, tem o Superior Tribunal de Justiça, como função maior, separar a legislação federal da estadual e municipal, uniformizando a primeira, diante dos inúmeros problemas que surgem, relativos à eficácia da lei federal, frente à lei estadual ou municipal.

Organizou-se o novel Tribunal à imagem e semelhança da Corte de Cassação da Itália, visando atender aos dois tópicos essenciais para o legislador constitucional de 1988: facilitar o acesso do povo à Justiça e tornar mais rápida a entrega da prestação jurisdicional.

O pleito de criação da Corte Nacional remonta ao ano de 1965, quando a Fundação Getúlio Vargas realizou uma mesa-redonda em torno do tema.

A proposta apresentada pelo professor Miguel Reale, após ampla discussão, teve o apoio unânime dos juristas presentes.

Em 1975, o assunto voltou a ser ventilado pelo ministro Aliomar Baleeiro, do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade em que se aposentava.

No ano seguinte, 1976, o Tribunal Federal de Recursos encaminhou ao Congresso Nacional um anteprojeto de “Reforma do Judiciário”, onde era proposta a descentralização da Justiça Federal, com a criação dos Tribunais Regionais Federais, ao tempo em que era destacada a imprescindível criação de um órgão uniformizador do Direito Federal.

Assim, ao instalar-se a Assembléia Nacional Constituinte, em 1987, já havia um consenso quanto à criação de um tribunal nacional.

É interessante a formação eclética desta Corte Nacional, para onde convergem todos os seguimentos das áreas jurídicas: Justiça Federal (um terço dos ministros), Justiça Estadual (um terço oriundo de desembargadores) e advogados e representantes do Ministério Público (um terço).

2. Competência

O Superior Tribunal de Justiça tem sua competência explicitada no art. 105 da CF/88, dividida em três grupos:

- 1) julgamentos originários, entre eles os mandados de segurança e *habeas data* contra ato dos ministros de Estado e de ministros do próprio STJ;
- 2) julgamentos revisionais, como se fosse Tribunal de Apelação, nos mandados de segurança, dentre outros, quando denegatória a decisão; e
- 3) os recursos especiais.

A CF/88 outorgou aos cidadãos brasileiros duas instâncias ordinárias: primeiro grau (juízo de conhecimento e certificação do direito); segundo grau ou instância revisora, onde são feitas, com predominância, a revisão e correção das decisões de primeiro grau. Ambas têm

como escopo fazer JUSTIÇA LEGAL, corrigindo a instância revisional os erros, desacertos e injustiças.

Mais generosa em termos de cidadania e modernizada pelo sopro que vinha da Europa na década de 80, onde floresceram os direitos coletivos com supremacia sobre os direitos individuais, tônica predominante da CF/46, entregou o legislador de 1988 aos cidadãos duas instâncias excepcionais, não para agirem superpostamente, mas cada uma de *per si*, dentro do seu papel constitucional: interpretação e uniformização do Direito constitucional, no Supremo Tribunal Federal, e igual papel para o Direito infraconstitucional, no Superior Tribunal de Justiça.

Em conseqüência, temos que, nas instâncias ordinárias, exercita-se a jurisdição com vista à obtenção de uma decisão justa, enquanto, nas instâncias excepcionais (especial e extraordinária), exercita-se o controle da legalidade, tutelando-se a unidade e a uniformidade da interpretação da lei federal.

E, ao lado dos pressupostos gerais, comuns a todos os recursos, tais como causa decidida em única ou última instância pelos Tribunais, existência de questão federal (alínea III, art. 105 da CF/88), tempestividade, sucumbência etc., impõe-se aos recursos derradeiros pressupostos específicos, dentre os quais o mais difícil é o PRÉ-QUESTIONAMENTO das questões ventiladas nos recursos, na decisão impugnada. Pré-questionamento é a fundamentação jurídica que, suscitada pelas partes antes da interposição dos recursos derradeiros, vem a ser examinada na decisão impugnada. Portanto, não basta alegar, é preciso que haja decisão do Tribunal recorrido.

Exige o recurso especial o pré-questionamento, até mesmo em sede de embargos de declaração (Súmula 98/STJ). A discussão deve ser feita, observe-se, no assaolho jurídico das teses que se contrapõem, vedado o reexame de prova (Súmula 07/STJ), bem como a revisão de cláusula contratual (Súmula 05/STJ).

Entretanto, é necessário não se confundir reexame de prova ou de cláusula contratual com valoração da prova ou do contrato. Este último aspecto é questão jurídica.

Caso a decisão tenha fundamento infraconstitucional e constitucional, deve a parte, sob pena de não-conhecimento, interpor ambos os recursos: extraordinário e especial (Súmula 126/STJ).

Observe-se que as hipóteses de cabimento do recurso especial estão fixadas em *numerus clausus* no art. 105, 111, da CF/88.

Por fim, é bom que se ressalte aspecto de absoluta pertinência em torno da Súmula 126/STJ, o que nem sempre vem traduzido nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário, como está textualmente posto na Carta Política, tem ensejo quando há contrariedade a dispositivo DESTA CONSTITUIÇÃO (art. 102, 111, letra “a”) ou julgar válida lei ou ato de governo local contestada em face DESTA CONSTITUIÇÃO (letra “c”, do mesmo artigo).

Assim sendo, o entendimento mais ortodoxo é o de que se pode interpor recurso extraordinário quando houver contrariedade a texto de constituição passada, se foi o texto repetido na Carta atual. Se não houver recepção, entretanto, temos como impertinente o recurso extraordinário, solucionando-se a ilegalidade em nível infraconstitucional.

Em recente julgado na Segunda Turma, tive oportunidade de sustentar a posição, acompanhando o ministro Franciulli Netto, calçando-me em lição do dr. Gilmar Ferreira Mendes, enquanto jurista e professor, não sendo demais aqui transcrevê-lo:

Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade de lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para a defesa da Constituição atual. Tanto é que nos casos da alíneas, “e” e “o”, do inciso III do art. 102, estabelecesse, expressamente, que o recurso será cabível quando a decisão contrariar esta Constituição ou quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (Transcrito da publicação “A Constituição na Visão dos Tribunais”, vol. 2, p. 774).

Ainda em torno da Súmula 126, tem o STJ trilhado recentemente no sentido de entender que o acórdão do Tribunal *a quo* só desafia recur-

so extraordinário quando há direta afronta a texto constitucional. Se a violação for reflexa, ou se a mesma for de princípio apenas, princípio este inserido na Lei de Introdução ao Código Civil – princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada etc. – pode-se perfeitamente contornar a afronta constitucional e dar-se solução a nível infraconstitucional.

A técnica é de grande importância prática, porque se não houver julgamento do recurso especial, por ser a matéria constitucional, recusando o STF o recurso extraordinário pela não-violação direta da norma constitucional, teremos o pior dos pecados do Judiciário: denegação de Justiça.

Dentro ainda do tema pré-questionamento, convém esclarecer que a exigência é de tal ordem que, mesmo havendo nas decisões das instâncias ordinárias nulidades absolutas ou matéria de ordem pública, não é possível que dela tome conhecimento o STF ou o STJ, em sede de recursos derradeiros, extraordinário e especial, respectivamente, se não houver a parte argüido a questão e tenha sido a mesma devidamente examinada pelo Tribunal de Apelação. Daí ser equivocado o entendimento de que, em duplo grau de jurisdição, como a remessa devolve ao Tribunal toda a matéria, tem-se como pré-questionados todos os aspectos legais implicitamente, mesmo sem recurso voluntário.

O recurso especial apresenta alguma dificuldade para os profissionais da área jurídica, especialmente pela superposição de competência que existe em matéria tributária, o que dificulta a interposição dos recursos finais, exigindo-se, quase sempre, que se interponham ambos, especial e extraordinário, pela incerteza do sucesso de um ou de outro e pela sempre possibilidade de ser a decisão do STJ revista pelo STF.

Sob o aspecto dogmático-jurídico, tal revisão é um aleijão, porquanto não quis o legislador constitucional instituir instância revisora na esfera excepcional. Não. A intenção foi deixar delineados os campos de atuação das instâncias finais, cuja funcionalidade não poderia desafiar revisão: CAMPO INFRACONSTITUCIONAL (para o recurso especial) e CAMPO CONSTITUCIONAL (para o recurso extraordinário).

Na prática, entretanto, pela forma excessivamente analítica da Carta de 88, ditada por um rigoroso excesso de zelo provocado pelo

autoritarismo do Executivo da Carta antecedente, temos um longo capítulo tratando detalhadamente do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 162).

A Constituição, muitas vezes, tem artigos inteiros absolutamente idênticos aos que se encontram no Código Tributário Nacional, este examinado em nível infraconstitucional.

Ademais, surge um outro grande problema no que toca à delimitação das competências: cabe ao STJ processar e julgar mandados de segurança contra ato de ministro de Estado, de comandantes militares e do próprio Tribunal, além, inclusive, da competência para julgar os recursos ordinários de mandados de segurança denegados pelos Tribunais Regionais Federais ou Estaduais.

Em ambos os julgamentos o STJ não sofre limitação, podendo estender a sua análise ao texto da Carta Política.

Afinal, nestas hipóteses, não age a Corte como instância especial e, sim, como primeira instância e instância revisora, respectivamente. E a limitação constitucional, lembre-se, é unicamente em matéria de recurso especial.

Assim sendo, não são poucas as oportunidades em que o STJ examina matéria tributária em instância primeira (mandado de segurança), em instância revisional (recurso ordinário em mandado de segurança), e em recurso especial, chegando a tocar diretamente, nas duas primeira hipóteses, e indiretamente, ou por via reflexa, na última hipótese, em texto constitucional.

Não havendo restrição à interposição do recurso extraordinário, o que aliás é até exigido na hipótese de interposição do recurso especial – Súmula 126/STJ – é inevitável que se tenha, então, deformante superposição de vias que servem para o mesmo fim, uniformização, e que termina por gerar divergências e, quiçá, insegurança.

Em termos práticos, não se tem ainda solução, embora aqui e ali já existam construções doutrinárias e jurisprudenciais na tentativa de minorar as malélicas conseqüências.

Em verdade, pretende-se evitar perplexidades. Tanto que o Plenário do STF firmou entendimento de que “a decisão do recurso especial só

admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional enfrentada pelo STJ for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária (Agravo Regimental 145.589-7/RJ, rei. Mi Sepúlveda Pertence).

Contudo, o acanhamento do STJ em lidar com as questões que se situam em zona cinzenta está levando a um aniquilamento competencial da Corte que, aos 11 (onze) anos, já precisa entrar em uma fase de definição, pois esta política não virá do STF. Terá de ser construída pelo próprio STJ.

Em recente incidente de inconstitucionalidade, julgado pela Corte Especial (REsp 215.881/PR, rei. Mi Franciulli Netto), ponderei: *um juiz de primeiro grau está apto a, sem requerimento algum das partes, enfrentar incidenter tantum uma norma inconstitucional. Como então é possível a um Ministro de Tribunal Superior deparar-se com o mais sério vício de um sistema, quedar-se inerte e dizer que está limitado a só julgar infraconstitucionalmente? Se assim for, podemos dizer que somos juízes inferiores, ou melhor, de alçada infraconstitucional exclusivamente.*

É preciso que se tenha a compreensão de que o art. 105, da CF/88, não pode ser aplicado isoladamente e, sim, em combinação com o art. 97 da Carta Política, dispositivo que em nenhum passo excepciona a competência do STJ para apreciar, como compete a todos os Tribunais do país, a inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

3. Pré-questionamento

O recurso especial possui três fases cognitivas:

- 1) juízo de admissibilidade proferido pela Instância Ordinária – *caput* do art. 105, 111, da CF188;
- 2) juízo de admissibilidade proferido pelo STJ – *caput* e uma das alíneas do inciso III (“a”, “b” ou “c”) do art. 105 da CF188; e
- 3) juízo de mérito – *julgamento da causa*, após ser ultrapassado o juízo de admissibilidade.

O juízo de mérito, por sua vez, pode ser subdividido em dois momentos:

- 1) a declaração da aplicação correta ou não da lei federal em tese; e
- 2) a aplicação da lei federal no caso concreto, se for o caso.

Visando enriquecer o conhecimento sobre esse complexo sistema objetivando interpretar de forma teleológica o tema em debate, trago à colação meu entendimento manifestado sobre o juízo de admissibilidade, a ser exercido pelos presidentes dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais que, por vedação constitucional, não pode ser comparável ao nosso juízo de admissibilidade.

Confira-se o precedente no qual sigo, inclusive, José Carlos Barbosa Moreira:

O juízo de admissibilidade do Tribunal recorrido deve limitar-se à verificação dos pressupostos genéricos do recurso especial, como tempestividade, legitimidade, preparo etc., além daqueles contemplados no art. 105, III, caput da Constituição Federal, quais sejam, causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Estaduais.

O pronunciamento do Tribunal recorrido, na admissibilidade prévia do especial, que não esteja enquadrado nas hipóteses acima caracteriza exacerbação dos limites traçados pelo legislador, como ensina José Carlos Barbosa Moreira, verbis:

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Toca-lhe, porém, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso (Comentários ao CPC – 7.ª Edição – 1998 – Editora Forense – P. 587).

Por sua vez, a dinâmica dos fatos no mundo atual torna impossível a aplicação de todos os princípios em uma mesma situação jurídica, daí

surgindo a grandeza do magistrado na aplicação do direito e na direção do processo moderno, que visa, mais do que a geração de novos conflitos em seu próprio âmbito, a pacificação social e a solução mais justa possível dentro da verdade buscada e alcançada nos limites da demanda posta à apreciação no Poder Judiciário, pois a verdadeira justiça e a verdade real não são deste mundo.

Somente no caso concreto, é possível decidir a prevalência de um princípio sobre outro, como o da economia processual sobre o da segurança jurídica ou o da inafastabilidade da prestação jurisdicional em face do contraditório.

A propósito do que fazer o Tribunal, quando ultrapassados os dois primeiros juízos, temos a Súmula 456/STF, que serve de diretriz para ambos os recursos derradeiros.

O verbete é do teor seguinte: *O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.*

Elaborando o STF a Súmula 456, assim como a de 457, referente ao recurso de revista, prevaleceu o entendimento de que seria um absurdo, na instância extraordinária, conhecer-se do recurso e devolver o processo ao Tribunal de origem, ficando este responsável pelo julgamento do mérito.

A divergência de entendimento sobre o assunto perdura até os dias atuais.

Confira-se um dos precedentes que ensejaram a Súmula 456/STF, apenas para que se entenda o seu alcance:

EMENTA: 1) Para reexame das provas não cabe recurso extraordinário. 2) Só quando conhece do recurso extraordinário, entra o Supremo Tribunal no exame das provas, desde que indispensável para julgar a questão federal envolvida (grifô nosso) (AG 23.496/MG, Rei. Mm. Victor Nunes Leal, Segunda Turma, por unanimidade, DJ de 11/07/61).

Por vezes, em determinadas matérias, o STJ e o STF, após conhecerem dos recursos extraordinários *latu sensu*, decidem das seguintes formas:

- a. dizem qual a correta aplicação da Constituição e da lei federal, remetendo por vezes para a fase de execução o exame do caso concreto, como na hipótese das contas vinculadas ao FGTS, devido ao grande número de demandas na Justiça Federal pela classe dos trabalhadores, talvez pela economia processual;
- b. devolvem ao Tribunal de Apelação, fato ocorrido no julgamento do RE 170.058/SC, Rei. Mm. Marco Aurélio, pelo Tribunal Pleno do STF, em ação na qual se discutiu a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei n.º 7.713/88, entendendo ser a solução para atender o devido processo legal; e
- c. aplicam a lei federal violada pelo acórdão recorrido no caso concreto, hipótese verificada em diversas ações de desapropriação, ou naquelas em que se reconhece de ofício alguma nulidade processual como, por exemplo, ilegitimidade de parte (AGA 95.597/GO, Rei. Mm. Antônio de Pádua Ribeiro), ou mesmo nas diversas questões tributárias apresentadas diariamente à Primeira Seção desta Corte.

A última hipótese, em regra, tem sido a mais utilizada, seguindo a orientação sumular e os Regimentos Internos (art. 324 do RI/STF e art. 257 do RI/STJ).

No STJ, consta expressamente do art. 257 de seu Regimento:

No julgamento do recurso especial, verificar-se-á preliminarmente, se o recurso é cabível (Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie).

É importante observar que não é o STJ Corte de Cassação, por força do mandamento constitucional que prevê o julgamento das causas (art. 105, 111, da CF/88), desde que ultrapassado o juízo de admissibilidade.

Estão o STF e o STJ criando direito? Parece-me que não. Decidem à luz do caso concreto segundo os princípios informadores do sistema processual brasileiro, eis que não há em nosso ordenamento jurídico qual-

quer disposição que impeça a apreciação de todas as questões, inclusive aquelas relativas aos elementos de fato, para aplicação do direito ao caso concreto, após o conhecimento do recurso extraordinário *latu sensu*.

É preciso que se entenda que, assim como o juiz de primeiro grau está limitado ao que for pedido pelas partes (princípio dispositivo), o Tribunal de apelação encontra-se também limitado, dentro do princípio *tantum devolutum quantum apelatum*.

As instâncias excepcionais, especial – STJ e extraordinária – STF também encontram limites. E o limite, nestas instâncias, é o pré-questionamento, a fim de que não haja julgamento *per saltum*.

Podemos dizer que, em torno do pré-questionamento, pode ser ele implícito e explícito, sendo os embargos de declaração utilizados para o fim de pré-questionar (Súmula 98/STJ).

A jurisprudência exige o pré-questionamento explícito das teses jurídicas na decisão impugnada, mesmo sem indicação de artigos de lei.

A indicação só é exigida quando da interposição do especial.

Chama-se atenção, ainda, para as decisões parciais submetidas a embargos infringentes parciais (art. 498 do CPC), quando devem ser interpostos dois recursos, se assim entender a parte necessário, para evitar a preclusão da parte não sujeita ao crivo dos embargos infringentes.

4. Peculiaridades

Em relação às peculiaridades do recurso especial, para não me alongar, faço destaque em tópicos, remetendo o interessado às súmulas indicadas:

- 1) vedado o exame de prova – Súmula 7/STJ;
- 2) vedada revisão de cláusula contratual – Súmula 5/STJ;
- 3) não basta alegar, se a tese jurídica não foi enfrentada no acórdão, inexistirá, para efeito do especial (Súmulas 282 e 356/STF e Súmula 211/STJ);
- 4) matéria que dispensa pré-questionamento – existe Controvérsia?
 - a. duplo grau de jurisdição;

- b. matéria de ordem pública;
 - c. nulidades absolutas;
 - d. questão surgida no julgamento;
 - e. embargos de declaração não acolhidos;
- 5) dispositivos constitucionais antecedentes:
- a. recepcionado;
 - b. não recepcionado;
 - o. pedido de anulação *errorin procedendo* ou reforma;
 - d. efeito devolutivo (art. 542, § 2.º do CPC – CRÍTICA);
 - e. admite recurso adesivo (art. 500, 11);
 - f. lei ordinária X lei complementar;
 - g. princípios constitucionais – afronta direta e indireta;
 - h. inconstitucionalidade *incidenter tantum* – Corte Especial.

5. Do agravo de instrumento (art. 544 e 545 do CPC)

- a. formação do instrumento:
 - encargo das partes;
 - peças obrigatórias por cópia (precisa de autenticação):
 - 1) acórdão recorrido;
 - 2) petição do recurso denegado;
 - 3) contra-razões;
 - 4) decisão agravada;
 - 5) certidão da intimação;
 - 6) procuração dos advogados das partes (art. 544, § 1.º, do CPC).
- b. obrigatoria a subida do instrumento;
- c. decisão monocrática do relator;
- d. a decisão monocrática pode ser impugnada via agravo regimental;
- e. agravo regimental examinado pelo colegiado.

6. Do agravo de instrumento convolado (art. 544, § 3.º, do CPC, redação dada pela Lei n.º 9.756/198)

- a. possibilidade em duas vertentes:
 - 1) julgamento monocrático do agravo convolado em REsp, pelo relator, quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STJ;
 - 2) agravo convertido em REsp para apreciação do colegiado, quando presentes os elementos necessários ao julgamento do mérito do REsp.