



Dos recursos extraordinários

Extraordinary appeal

EDUARDO MARIOTTI

Bacharel em Direito pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS. Advogado.

RESUMO: O texto visa a abordar os aspectos gerais dos recursos de feição extraordinária (Recurso extraordinário e Recurso especial). Para isso, trata da natureza do gênero (Capítulo 2), passando, logo em seguida (Capítulo 3), para a exposição sistemática de seus pressupostos de admissibilidade genéricos (Capítulo 3.1) e específicos (3.2). Ao final da exposição (Capítulo 4), o trabalho sumariza os principais aspectos do processamento desses recursos, tratando-os em conjunto e assinalando as sutis diferenças que se apresentam entre as duas espécies.

Palavras-chave: Recurso extraordinário. Recurso especial. Pressupostos. Procedimento.

ABSTRACT: This text aims at studying the main aspects on extraordinary appeals (“Extraordinary appeal” and “Special appeal”). For this purpose, it studies its nature (Chapter 2) and, under a systematic exposition, deals with its generic (Chapter 3.1) and specific (Chapter 3.2) requirements. At the end of the exposition (Chapter 4), the text summarizes the mains aspects on appeals proceedings, both those that are common to both and those which are specific to each.

Keywords: Extraordinary appeal. Special appeal. Requirements. Procedure.

1 INTRODUÇÃO

Da fatia do Direito Processual Civil que se ocupa de estudar a temática relativa aos recursos, pouca objeção há de se erigir à seguinte afirmação: os recursos extraordinários constituem o tema mais tormentoso.

Ao se dizer “extraordinário” o recurso, já se começa a explicar a razão de ser dessa convicção, recém expressada, pois a linguagem bem empregada costuma indicar o mais possível a essência do que se quer designar. Assim, se diz “extraordinário” o recurso que não foi concebido para ser comum, que foi estruturado para cumprir uma tarefa destacada e singular e que escapa da simples tarefa que inspira os recursos chamados “comuns” ou “ordinários”.

No sistema brasileiro se adota essa dicotomia “recursos comuns ou ordinários” e “recursos extraordinários ou excepcionais”, à semelhança do que se passa em outros sistemas. Os primeiros congregam a grande maioria dos tipos recursais existentes¹. A estes se reserva o papel comum que é inerente à ideia de recurso, que é o de servir de instrumento para que o sujeito prejudicado pela decisão judicial obtenha um reexame capaz de eliminar ou minimizar esse *status* de prejuízo. Já os segundos, os excepcionais, se

resumem a apenas dois tipos: o recurso extraordinário e o recurso especial². A eles se confia um papel de destaque, pois transcendem o interesse exclusivo das partes e assumem uma missão de preservação da unidade da Federação.

Assim, parece imperioso que se principie a tratar do tema, com o alerta óbvio de que os recursos se dizem extraordinários não por um batismo aleatório, mas porque foram concebidos para cumprirem uma função excepcional. Se o fio condutor da análise do tema se desloca desse eixo, a compreensão das características que cercam esses tipos recursais tende a desviar o estudioso para uma concepção senão difundida, certamente muito sentida pelos jurisdicionados e pelos operadores do processo: a de que se trata de recursos que existem, mas que não se pode usar!

O escopo deste trabalho não permite maiores digressões de caráter histórico, mas é impossível tratar do tema sem tecer um mínimo registro, que explique a origem das duas espécies de recursos excepcionais hoje existentes.

Com este propósito, é de ver que a consagração de um recurso de feição extraordinária no direito brasileiro precede à primeira Constituição republicana, pois dele já havia previsão no decreto 848, de

11/10/1890, que organizou a Justiça Federal e criou o Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1891 fez chancelar esta importante figura recursal e nas Constituições seguintes persistiu existente a previsão, mas então não se distinguia, aqui, gênero da espécie, pois o único recurso com esta feição era o recurso extraordinário, submetido à competência do Supremo Tribunal Federal³.

Existindo apenas um recurso com esta função, submetido à competência de um único tribunal, o STF, num país de população cada vez mais crescente e de dimensões continentais, não tardaria a se verificar um acúmulo e uma sobrecarga do tribunal competente. Já no início da década de 60 se passou a rotular essa sobrecarga como sendo a “crise do Supremo Tribunal Federal”⁴, pois já então as estatísticas davam conta de um volume invencível de recursos extraordinários.

Longo tempo se passou e vários paliativos foram engendrados até que vingasse a ideia de criação de um novo tribunal, capaz de compartilhar com o STF a competência para julgar recursos extraordinários e enfrentar a tão falada “crise”.

Somente com a Constituição de 1988 é que se criou um segundo tipo de recurso excepcional, que se passou a denominar de “recurso especial”. E para se ocupar precipuamente de julgar esse novo tipo recursal, foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tomando-se como embrião o antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), que acabou extinto.

Somente a partir de então é que o gênero “recursos extraordinários” passou a ter duas espécies, o “recurso extraordinário” e o “recurso especial”. Em realidade, o recurso especial só pode ser dito um recurso novo na perspectiva de que passou a ter designação distinta e competência distinta, mas ele nada mais é do que uma “parte” do que antes era objeto do recurso extraordinário. Com efeito, o que a Constituição de 1988 fez, foi tomar as hipóteses de cabimento do anterior recurso extraordinário e dividi-las, mantendo um conjunto de hipóteses na órbita do recurso extraordinário e “transferindo” outro conjunto de hipóteses para a órbita do recurso especial. Historicamente, o recurso extraordinário subdividia suas hipóteses de cabimento entre matérias de direito constitucional e matérias de direito federal infraconstitucional. Esta última fatia foi transferida para a seara do recurso especial, de modo que o STF remanesceu com as matérias de direito constitucional e ao STJ se confiaram os temas de direito federal infraconstitucional⁵.

Essa gênese comum das duas espécies é de fundamental importância para o estudo do tema, pois explica a larga extensão de identidades entre os dois tipos recursais. É por essa razão que a maior parte do

que se dita como regra para um tipo recursal, também vale para o outro. É por isso que muitas súmulas de um tribunal, especialmente as que tratam de fixar a interpretação da mecânica recursal, merecem plena acolhida no outro tribunal e vice-versa.

Sobre ter-se, com isto, encontrado a solução para a “crise do Supremo Tribunal Federal”, é outro assunto, que renderia um trabalho próprio. Ao que parece, a crise não foi solucionada, apenas compartilhada e hoje se pode falar na crise do “criador” e da “criatura”, pois as estatísticas apontam o claro abarrotamento dos dois Tribunais. Não é à toa que seguem sendo concebidos outros mecanismos destinados a reduzir a sobrecarga dos tribunais superiores e a agilizar e racionalizar os julgamentos dos recursos que neles deságuam⁶.

Feitas estas considerações de cunho introdutório, destinadas a lançar bases mínimas para situar o tema, resta dimensionar o escopo do presente trabalho e os seus limites e propósitos. Neste mister, o que se pretende é oferecer um panorama geral dos dois tipos recursais extraordinários, principiando por uma exposição acerca da natureza própria do gênero. Em passo seguinte, valendo-se das identidades entre as duas espécies, a ideia é transitar pelos pressupostos de admissibilidade, desde os genéricos comuns, passando pelos específicos comuns e em passo final aos que são exclusivos de um e não aplicáveis ao outro. A isto se seguirá uma análise do processamento, tratando de modo conjunto os dois tipos e apenas assinalando as sutis diferenças. Por último, se empreenderá uma análise dos efeitos.

Evidentemente que diante da abrangência que se pretende dar à análise do tema, a preocupação que norteará o texto é a de mero panorama, sem ímpeto de exaustão e sem mergulho a intensa profundidade. A ideia é que o texto possa ter alguma utilidade como primeira abordagem do tema.

2 NATUREZA DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS – RECURSOS DE DIREITO ESTRITO

O primeiro ponto que merece fixação quando se trata dos recursos extraordinários é o que se refere com a compreensão da sua excepcionalidade, estabelecendo-se seu contraste em relação aos recursos de feição ordinária.

Os recursos ditos comuns ou ordinários têm como hipótese central de viabilidade a exigência de que se esteja diante de uma decisão prejudicial ao recorrente. Seu imperativo maior é permitir a revisão e eventual correção de decisões lesivas. Ou seja, toda decisão que causa gravame ao sujeito tende a ser impugnável

mediante recurso ordinário pelo menos uma vez. Daí o influxo do princípio do duplo grau de jurisdição, a consagrar a sólida perspectiva de pelo menos uma impugnação ordinária⁷.

Naturalmente que os recursos ordinários não dispensam o atendimento de outras exigências, congregadas sob o rótulo de pressupostos genéricos de admissibilidade, aos quais se fará referência mais adiante, mas se a decisão é lesiva, sua admissibilidade é franca, pois não se erige maior dificuldade em atender-se aos demais pressupostos gerais de admissibilidade.

De tal sorte que se pode dizer que os recursos ordinários ou comuns tendem a ser manifestação do duplo grau de jurisdição, pois estão a serviço deste princípio e têm como exigência central que haja uma deliberação prejudicial ao recorrente⁸.

Já os recursos extraordinários têm feição distinta, pois sua viabilização não se contenta com esta premissa básica, segundo a qual basta haver uma decisão lesiva. Embora eles também pressuponham lesividade da resolução – pois a eles também se aplica o requisito do interesse recursal, que obsta o recurso do “vitorioso”⁹ –, isto não basta, pois no seu cerne se agrega a exigência de que a decisão lesiva tenha acarretado violação ao direito federal de índole constitucional ou de índole infraconstitucional.

Com efeito, as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais estão elencadas na Constituição Federal, nos termos dos dispositivos constantes no art. 102, III e art. 105, III, da CF, respectivamente para o recurso extraordinário e para o recurso especial.

Como se pode ler nas disposições contidas nas alíneas do inc. III, do art. 102, da CF, a hipótese central de cabimento do recurso extraordinário recai na exigência de que a decisão recorrida tenha incidido em violação ou incorreta aplicação das normas constitucionais (Constituição Federal).

Realidade semelhante pode ser observada nas alíneas contidas no inc. III, do art. 105, da CF, que reclamam como hipótese central de cabimento do recurso especial que a decisão recorrida tenha incidido em violação ou incorreta aplicação das normas de direito federal infraconstitucionais (Lei Federal).

Diferentemente do que se passa no âmbito dos recursos ordinários, para os extraordinários não basta a injustiça da decisão, senão que se impõe que a decisão tenha enfrentando matéria de direito constitucional ou de direito federal infraconstitucional e que tenha efetuado incorreta aplicação das normas respectivas.

Essa exigência, que é própria dos recursos em análise, é que perfaz o aspecto central da excepcionalidade que marca os recursos extraordinários e os distingue dos recursos ordinários.

Muito embora a excepcionalidade se amplie com a necessidade de que se preencham outros pressupostos especiais de admissibilidade, como, por exemplo, o esgotamento das instâncias ordinárias e o prequestionamento, que serão vistos adiante, é na exigência de que o tema do recurso seja atinente ao “Direito Federal” que repousa o cerne da excepcionalidade.

É por esse motivo que são chamados de “recursos de direito estrito”, pois no seu âmbito só se viabiliza a discussão de matéria de direito e unicamente de direito federal (direito puramente local – estadual ou municipal –, não dá azo aos recursos excepcionais).

É daí que deriva a proibição de que no âmbito desses recursos se discuta matéria exclusivamente fática, dissociada da aplicação do direito federal. É que o erro na apreciação dos fatos da causa interessa exclusivamente às partes e se esgota nas instâncias ordinárias, enquanto o erro na aplicação do direito transcende ao interesse individual e gera precedente, que afeta o interesse coletivo.

Se o erro se dá na aplicação do direito dito local (estadual ou municipal), não se viabiliza recurso para além do âmbito da Justiça Estadual, pois é desta a competência soberana para dizer o direito local. Já se o erro de direito se implementa na aplicação do direito federal (constitucional ou infraconstitucional), haverá quebra na unidade da federação, pois as normas de índole federal têm de receber uniforme interpretação e aplicação em todos os estados da federação.

Consoante clássica lição de Pontes de Miranda, ecoada na melhor doutrina, “*A finalidade do recurso extraordinário na Constituição é a de assegurar: a) a inteireza positiva (letra a); b) a validade (letra b); c) a autoridade (letra c); d) e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais (letra d)*”¹⁰.

A finalidade dos recursos extraordinários, portanto, não é imediatamente a de atender ao interesse individual do recorrente, prejudicado com a decisão, mas sim a de assegurar a uniforme aplicação do direito federal de índole constitucional e infraconstitucional em todos os estados da federação. Naturalmente que a correta aplicação do direito federal acaba por atender ao interesse da parte prejudicada pela decisão, pois se o tribunal superior admite que houve incorreta aplicação do direito federal pelo tribunal regional, modifica a decisão recorrida e favorece a parte recorrente, que acaba por ver seu prejuízo eliminado, no todo ou em parte.

Tais recursos, portanto, estão também a serviço do princípio federativo, pois o que se quer com eles é dar unidade, inteireza ao direito federal de índole nacional,

evitando que uma mesma norma da Constituição ou da lei federal receba interpretação distinta e conflitante nos diferentes estados da federação⁴¹. Estão a serviço de um propósito político-constitucional de assegurar a unidade federativa, não interessando precipuamente a esses recursos a correção das injustiças individuais decorrentes da análise eventualmente equivocada da matéria fática (para este propósito existem as instâncias ordinárias).

No seu âmbito, portanto, os tribunais superiores não funcionam como verdadeiros tribunais de justiça, pois a justiça do caso concreto não é o foco principal, senão que o que se cuida é de assegurar a uniformidade e a integridade do direito federal.

Assim, o papel central do STF no exercício da competência que lhe cabe ao julgar os recursos extraordinários é o de atuar como guardião da Constituição, assegurando que as regras desse diploma fundamental tenham aplicação uniforme e coerente em todo o território nacional.

De sua parte, ao STJ no âmbito do recurso especial incumbe velar pela uniforme aplicação da lei federal, atuando como guardião desta e evitando que um mesmo dispositivo seja aplicado de um modo em um estado da federação e de modo distinto em outro estado.

Assim, a natureza dos recursos extraordinários é ditada por esse núcleo comum a ambas as espécies, que os tornam recursos de direito estrito, porque no seu âmbito só tem lugar discussão de direito federal, constitucional e infraconstitucional e daí deriva a sua verdadeira excepcionalidade e é disso que decorre a maior parte dos obstáculos que lhes estreitam a viabilidade.

Fixada a essência dos recursos ora tratados, pode-se passar ao exame dos seus pressupostos de admissibilidade, como adiante se discorre.

3 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

3.1 Pressupostos genéricos comuns

Todo recurso, ordinário ou extraordinário, antes de cumprir a sua finalidade última, que é a de permitir o reexame da decisão impugnada, precisa primeiro preencher um conjunto de requisitos de caráter formal, sem os quais não pode ser admitido como meio processual.

Desse imperativo nasce a dicotomia entre as noções de juízo de admissibilidade recursal e juízo de mérito recursal. No âmbito da admissibilidade se inscrevem os chamados pressupostos ou requisitos de admissibilidade, que condicionam o conhecimento do recurso e somente depois de superados estes é que

se abre ensejo ao exame do mérito recursal, quando então o órgão julgador vai examinar os fundamentos do recurso e aferir se o recorrente merece ser atendido ou não, naquilo que em última essência pretende.

Se os pressupostos de admissibilidade não são integralmente preenchidos, o recurso é inadmitido, não é conhecido e nem se chega a emitir um juízo de mérito, restando intocada a decisão recorrida. Superada positivamente a admissibilidade, o recurso pode então ser analisado no seu mérito, quando será provido ou improvido, julgado procedente ou improcedente, acolhido ou rejeitado – diferentes maneiras de se designar o juízo de mérito recursal.

No âmbito do juízo de admissibilidade se inscrevem os chamados pressupostos genéricos de admissibilidade e os pressupostos específicos de admissibilidade. Os primeiros tendem a ser comuns a todos os tipos recursais, com pequenas variantes. Já os segundos são específicos de um tipo recursal ou de um especial gênero recursal.

Os recursos extraordinários não escapam da submissão a esta lógica, eis que lhes são incidentes os mesmos requisitos genéricos de admissibilidade, também aplicáveis aos recursos de caráter ordinário. No entanto, ao lado destes, certamente os recursos excepcionais são os tipos recursais que mais possuem requisitos específicos, só a eles aplicáveis.

Assim, sob o tópico da admissibilidade dos recursos extraordinários, tem-se primeiro que referendar que eles também precisam atender aos pressupostos genéricos, para depois tratar dos pressupostos específicos.

Os pressupostos ditos genéricos são: (a) cabimento, (b) legitimação, (c) interesse, (d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, (e) regularidade formal e, para alguns recursos, (f) preparo.

A análise detida destes pressupostos genéricos não cabe no escopo do presente trabalho, pois o tema naturalmente pressupõe o domínio prévio destas noções. Assim, o que se impõe seja dito aqui, é que os recursos extraordinários também se subordinam aos pressupostos genéricos de admissibilidade, pois também só podem ser exercitados diante das suas hipóteses de cabimento (que assumem uma tal complexidade, ao ponto de este requisito ser tratado como um pressuposto específico, como se verá mais adiante). Da mesma forma, também só podem ser esgrimidos pelos sujeitos legitimados e também pressupõem que haja interesse recursal.

Ainda, os fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer também fulminam os recursos extraordinários, como se dá, por exemplo, com a renúncia, a desistência e a aquiescência. Sendo recursos e, portanto, atos da parte, os extraordinários também ficam sujeitos a prazo,

que para ambos é de 15 dias e também precisam ser exercitados com atenção aos contornos de regularidade formal padrão, pois reclamam identificação das partes, forma escrita, motivação e pedido (ao que se somarão outras exigências formais específicas, em algumas hipóteses, como adiante se verá).

Igualmente, se sujeitam ao requisito do preparo e comportam as duas exações possíveis de compor o preparo: custas e mais o porte de remessa e de retorno, conforme previsão genérica do art. 511, do CPC, em tudo aplicável aos recursos ora tratados.

No âmbito do STF, regendo o preparo dos recursos extraordinários, vigora a Resolução nº 422, de 19 de janeiro de 2010, que estabelece o valor das custas e que fixa a tabela de cálculo do porte de remessa e de retorno. Também ali estão previstas hipóteses de isenção que especificam as do § 1º, do art. 511, do CPC e até ampliam o leque, bem como situações de isenção apenas do porte de remessa e de retorno (não das custas).

No âmbito do STJ, ao lado da lei 11.636, de 28/12/07, que disciplina a cobrança de custas nos processos perante aquele tribunal, no momento vigora a Resolução nº 04, de 29 de abril de 2010, da presidência do STJ, especificando os valores devidos a título de custas e de porte de remessa e de retorno.

De sorte que, consoante os regramentos recém-aludidos e forte na regra geral estampada no art. 511, do CPC, ambos os recursos se sujeitam a preparo e em ambos o preparo efetivamente se compõe da obrigação de recolher custas e mais porte de remessa e de retorno, incumbindo ao recorrente, como é inerente ao ônus do preparo quando erigido a pressuposto de admissibilidade recursal, que se faça a comprovação do recolhimento em momento simultâneo à interposição do recurso, sob pena de deserção.

Assim, afora a complexidade de que se reveste o requisito do cabimento e alguns acréscimos de regularidade formal que podem surgir, pontos que serão tratados adiante, os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal se aplicam aos recursos extraordinários em moldes idênticos aos que se observam na aplicação que deles se faz nos recursos ordinários.

Nada há, portanto, de muito peculiar neste ponto, mas parece ser oportuno registrar que há submissão dos recursos extraordinários aos pressupostos genéricos de admissibilidade, pois ao se dar tanta ênfase aos pressupostos específicos, corre-se o risco de negligenciar-se o cumprimento dos pressupostos genéricos e a desatenção a estes também tem o condão de inviabilizar o conhecimento dos recursos extraordinários.

3.2 Pressupostos específicos comuns

É quando se passa ao exame dos pressupostos específicos de admissibilidade dos recursos extraordinários que se começa a perceber com mais clareza a razão da sua excepcionalidade. É nestes requisitos que mais fortemente se implementa o estreitamento da viabilidade de tais tipos recursais, ficando nítido o seu caráter de exceção.

Sob este rótulo, primeiro se agrupam requisitos que são comuns a ambos os tipos recursais excepcionais – extraordinário e especial – e depois se abre ensejo para análise de exigências que são exclusivas de um e não aplicáveis ao outro.

Na órbita dos pressupostos específicos comuns, se pretende tratar (a) da exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, (b) do cabimento atrelado às hipóteses constantes nos permissivos constitucionais respectivos e da consequente proibição de que se debata matéria puramente fática, e (c) do prequestionamento.

3.2.1 Exigência de prévio esgotamento das instâncias ordinárias – o conceito de “causa decidida”

Da leitura dos permissivos constitucionais que tratam dos recursos de caráter extraordinário se extrai que há exigências que precedem a aferição sobre o preenchimento das hipóteses específicas de cabimento.

Com efeito, o inc. II, do art. 102 dispõe que o STF pode julgar “*mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância*”, enquanto que o inc. III, do art. 105 afirma que o STJ pode julgar “*em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*”.

Na comparação entre as duas normas se constata uma identidade, representada pela exigência comum aos dois tipos recursais, de que só se viabilizam diante de “causas decididas”. Dela resulta, também, a constatação de uma diferença, pois para o recurso especial ainda se prevê que a decisão seja oriunda de Tribunais, o que não é reclamado para o recurso extraordinário.

A exigência comum aos dois tipos recursais, sob o rótulo de que se trate de “causas decididas” traduz pressuposto que se costuma rotular de prévio esgotamento das vias ordinárias de impugnação recursal.

É que a dicotomia “recursos ordinários ou comuns/recursos extraordinários ou excepcionais” se reflete na dicotomia “vias ordinárias ou comuns/via extraordinária ou excepcional”. As vias ordinárias são implementadas

nos recursos ordinários, enquanto a via excepcional se percorre com os recursos extraordinários. A via excepcional ou extraordinária só se abre quando estiverem fechadas todas as vias ordinárias, vale dizer, quando se estiver diante de decisão que não comporte mais nenhum recurso ordinário.

Assim, quando se cogita de manejar um recurso extraordinário primeiro é preciso perquirir se há ainda algum recurso ordinário disponível. Se a resposta for afirmativa, se impõe o uso do recurso ordinário disponível e o descarte da cogitação de interposição do recurso excepcional. Somente se a resposta àquela indagação for negativa é que então se dirá que está aberta a via excepcional e que, portanto, podem ser aviados os recursos extraordinários.

Este é o significado da expressão “causa decidida”, utilizada no texto constitucional. Segundo essa exigência, não se permite à parte “pular” um recurso ordinário e pretender adentrar na via excepcional, pois primeiro precisam estar exauridos os recursos ordinários.

Naturalmente que para abrir-se a via excepcional não importa qual das partes empreendeu a exaustão das vias ordinárias, importando apenas que haja uma decisão que não comporte mais, por nenhuma das partes, recurso ordinário. Diante dela, o prejudicado poderá cogitar os recursos excepcionais, desde que atenda aos demais pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade.

Essa exigência vem reafirmada na Súmula 281, do STF (“*É inadmissível o recurso extraordinário contra decisão passível de recurso ordinário na origem*”) e na Súmula 207, do STJ (“*É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem*”).

Assim, as interlocutórias em primeiro grau e as sentenças não comportam recursos de caráter extraordinário porque ainda aberta a via ordinária, eis que cabível, respectivamente, recurso de agravo e recurso de apelação. As decisões monocráticas de relator, tomadas com base nos poderes do art. 557, do CPC, não desafiam recursos extraordinários, porque ainda disponível o agravo interno, previsto no seu § 1º, que é recurso ordinário.

Já os acórdãos proferidos em agravo de instrumento, salvo a excepcional hipótese de que deles se admita embargos infringentes¹², não comportam mais nenhum recurso ordinário e, portanto, só são atacáveis pela via dos recursos excepcionais¹³.

Questão interessante neste passo é a que surge em decorrência do teor da Súmula 735, do STF, que diz que “*Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar*”. A justificativa para tal

orientação seria que o caráter provisório das decisões liminares, cautelares ou antecipatórias. É que elas se assentam em juízo de mera verossimilhança do direito invocado e ficam sujeitas a revogação a qualquer tempo ou na decisão final. Assim não se estaria diante delas atendendo ao preenchimento do requisito ora explanado, de que se trate de causas decididas. Essa orientação, sumulada pelo STF, já encontra eco perante o S TJ, como demonstra a seguinte decisão monocrática, da lavra do Min. Teori Albino Zavascki:

Não é função constitucional do STF nem do STJ, no julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais, substituir-se às instâncias ordinárias, para fazer juízo a respeito de questões constitucionais ou infraconstitucionais que, naquelas instâncias ainda não tiveram tratamento definitivo e conclusivo. É o que ocorre com as medidas liminares de natureza cautelar ou antecipatória. [...] Sendo decisões provisórias não satisfazem o pressuposto constitucional de ‘causa decidida em única ou última instância’¹⁴.

Esse entendimento não desmente o que antes se afirmou, sobre serem cabíveis os recursos extraordinários contra acórdãos em agravo de instrumento, mas apenas impõe severa limitação, pois se o objeto do agravo for medida precária, cautelar ou antecipatória, surge a perspectiva da inadmissão.

Com máxima vênia do entendimento profligado na Súmula 735 e na orientação expressada no *decisum* recém referido, quer parecer que se está diante de mais uma construção moldada para aliviar o peso dos tribunais superiores e até aí não haveria demérito, mas se ousa sustentar que não se reveste de razão a orientação.

É que cada vez mais se reforma o processo para subverter-se a clássica lógica de primeiro certificar o direito para depois satisfazê-lo. A generalização do instituto da antecipação de tutela passou a permitir, de modo amplo, que alguém desfrute concretamente de tutela jurisdicional muito antes de ela ter sido afirmada com ares de definitividade e a muitas léguas do momento em que a decisão final adquira a estabilidade que só a coisa julgada lhe empresta.

Esta possibilidade que, bem aplicada, representa virtuosa medida destinada a distribuir de modo mais equânime os ônus do tempo de duração do processo, tem a face inversa de às vezes gerar situações irreversíveis ou de grave dano, de remota reparação. Assim, suprimir-se a instância excepcional, como sugere a súmula mencionada e como se reflete no julgado citado, parece ignorar que o direito constitucional e o direito federal infraconstitucional podem ter sido seriamente

contrariados nas decisões provisórias, cautelares ou antecipatórias, e o jurisdicionado ficará sem remédio para isto.

Não convence dizer que depois de confirmadas em decisão final seu trânsito aos tribunais superiores será franqueado, porque quem sofre os efeitos de decisões dessa natureza sabe que a revisão tardia é, na maior parte das vezes, inócua. Imagine-se uma decisão que fixe alimentos provisórios, cuja eficácia gera consequências gravíssimas – ao ponto de conduzir à prisão do devedor, em caso de não pagamento e ao ponto de não poder ser pleiteada a sua devolução, acaso efetuado o pagamento – ficar sem possibilidade de revisão pela via excepcional só porque o seu caráter precário não satisfaria a exigência de que se trate de causa decidida. A tardia reforma da decisão não apagará a inesquecível experiência do cárcere, que terá sido vivenciada pelo inadimplente alimentar e se tiver havido o pagamento para evitar-se a experiência de ver o sol nascer quadrado, o que tiver sido pago nos longos anos de espera até uma decisão final, não será restituído.

Essa orientação restritiva, embora criticável em relação aos dois tipos recursais excepcionais é mais criticável no que tange ao recurso especial, porque é o direito federal que regula as tutelas cautelares e as tutelas de caráter antecipatório e a aplicação da reprovável visão restritiva ignora que isso é direito federal idêntico a qualquer outro e que negar-se a examiná-lo significa liberar os juízos regionais para ignorarem os limites e as premissas que nacionalmente deveriam ser respeitadas para a concessão dessas tutelas.

O passo seguinte, se é que já não está dado – porque se os fundamentos da súmula procedem, valem também para isso –, será dizer que não cabe recurso especial contra decisão final no processo cautelar, porque as cautelares não dizem direito definitivo algum, mas apenas acautelam direitos aparentes e são tão precárias quanto as decisões liminares¹⁵.

Assim, os acórdãos em agravo de instrumento que não comportem mais recurso ordinário são atacáveis pela via excepcional, exceto quando se tratar de hipótese afeiçoada à Súmula 735, do STF.

Já os acórdãos de apelação, porque indiscutivelmente aspiram à condição de decisão final, são os mais propícios ao cabimento dos recursos extraordinários, porque normalmente representam o esgotamento das vias ordinárias, salvo quando deles se viabilizar embargos infringentes¹⁶. O mesmo vale para os acórdãos em ação rescisória de competência originária dos tribunais regionais, sendo válida também a ressalva de eventual cabimento de infringentes.

No que tange às demais causas de competência originária dos tribunais regionais, há o cabimento dos recursos de caráter extraordinário, salvo aquelas que comportem o chamado recurso ordinário constitucional, disciplinado nos arts. 539 e 540, do CPC, como é exemplo a decisão denegatória de mandado de segurança, julgado em única instância, no exercício de competência originária, pelos tribunais regionais (com o alerta de que só a decisão denegatória comporta recurso ordinário; a decisão concessiva da segurança desafia tão somente os recursos de feição excepcional).

Por último, é preciso que se advirta que o potencial cabimento de embargos de declaração contra a decisão não tem o condão de arredar o preenchimento dessa exigência de que se tenham esgotado as vias ordinárias. É que se assim fosse, nunca as vias ordinárias estariam esgotadas, pois em tese toda a decisão desafia potenciais embargos de declaração¹⁷.

Assim, se a decisão que encerra as vias ordinárias é alvo de embargos de declaração efetivamente exercitados, opera-se a interrupção do prazo para outros eventuais recursos (art. 538, *caput*, do CPC) e os recursos extraordinários não devem ser aviados. Mas se não há exercício de embargos de declaração, a despeito de seu sempre potencial cabimento, e outro recurso ordinário não é cabível, nem potencialmente, então estará aberta a via excepcional, pois preenchida a exigência da “causa decidida”.

A propósito dos embargos de declaração e dos recursos extraordinários, importante assinalar a edição da recente Súmula 418, do STJ (“*É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação*”). Essa orientação dita que o recurso excepcional interposto na pendência de embargos de declaração é prematuro¹⁸ e para que seja conhecido tem de ser expressamente ratificado no prazo que flui após a publicação da decisão dos embargos (que seria o prazo para efetiva interposição dos extraordinários, pois com o manejo dos embargos de declaração, interrompeu-se o prazo para os excepcionais, que segundo o entendimento dessa súmula, não estava mais à disposição).

Fica claro, portanto, que o potencial cabimento dos embargos de declaração não afasta o cabimento dos recursos extraordinários, mas que se os embargos são manejados, melhor não exercitar os extraordinários, porque se forem exercitados, terão que ser ratificados, sob pena de não conhecimento derivado da inobservância de outro pressuposto de admissibilidade, que é a tempestividade.

Em suma, se a decisão que se pretende impugnar comportar algum recurso ordinário, além dos sempre

possíveis embargos de declaração, é imperativo o manejo do recurso ordinário, sem o que não se preenche a exigência de que se esteja diante de “causa decidida”. Se só os embargos de declaração se põem ao lado dos recursos excepcionais como potencialmente cabíveis, se exercita um (os embargos) ou os outros (os excepcionais). Não havendo manejo dos embargos, a via excepcional estará aberta e preenchido estará o requisito ora examinado.

3.2.2 Cabimento – preenchimento dos pressupostos de base constitucional e proibição de discussão de matéria puramente fática

Como já assinalado no início do presente trabalho, os recursos aqui versados têm como hipótese central de cabimento a exigência de que a decisão recorrida tenha malferido normas constitucionais ou normas de direito federal infraconstitucional, respectivamente para o recurso extraordinário e para o recurso especial.

Assim, seu cabimento assume uma feição muito mais complexa do que a que cerca os recursos ordinários, pois nestes, o que orienta o cabimento é a caracterização da decisão, sua definição, sua natureza. Assim, por exemplo, se a decisão é uma interlocutória em primeiro grau de jurisdição, essa simples definição já é suficiente para saber-se que o recurso de agravo é cabível. Da mesma forma, ainda em sede de exemplo, se se trata de uma decisão sentencial, é curial que o recurso cabível é a apelação. Não há necessidade de maior indagação para aferir o cabimento dos recursos ordinários, sendo desimportante o tipo de defeito que a decisão contenha.

Já nos recursos extraordinários, o cabimento se afere pelo conteúdo da decisão, mais especificamente pelo tipo de matéria que nela se enfrenta. Vale dizer que o cabimento dos excepcionais, num primeiro passo reclama que a decisão trate de matéria constitucional ou de manteria de direito federal infraconstitucional. E mais do que isto, o cabimento não se contenta apenas com essa constatação de que tais matérias foram tocadas, é preciso que ao tratar delas, a decisão de que se cogita recorrer pela via extraordinária as tenha “aplicado mal”. É que em sentido amplo, como se lê nos permissivos constitucionais que regem o cabimento desses recursos, é preciso que haja violação à Constituição para caber o recurso extraordinário e que haja violação à lei federal para caber o recurso especial.

Nessa perspectiva, se percebe claramente a maior complexidade do juízo de cabimento dos recursos extraordinários quando comprado ao cabimento dos

recursos ordinários. É que aqui, na via excepcional, a aferição do cabimento reclama também um juízo de valor sobre a decisão que se quer impugnar. É que não basta que a decisão recorrida tenha tratado dos temas de direito federal. É preciso que tenha incorrido em violação. Se não há violação, não há cabimento. Assim, se vê que o cabimento desses tipos recursais extraordinários não é neutro, como ocorre no cabimento dos recursos comuns, mas é comprometido por um necessário juízo valorativo.

Essa característica faz com que na avaliação do cabimento dos recursos extraordinários não haja uma fronteira clara entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, os quais acabam se embaralhando. Isto porque, se para caber o recurso de feição extraordinária é preciso haver a violação ao direito federal, constitucional ou infraconstitucional, tem-se dois resultados possíveis: a) se a decisão impugnada não violou o direito federal, o recurso não é cabível (o que equivaleria a juízo de admissibilidade negativo), mas em verdade ele não é cabível porque não tem razão o recorrente ao sustentar a existência de violação ao direito federal (o que equivaleria a juízo de mérito, de improcedência); ou b) se a decisão violou o direito federal, o recurso é cabível (o que seria juízo de admissibilidade) e necessariamente tem de ser provido, pois a violação merece ser corrigida no julgamento do recurso (o que é o próprio juízo de mérito).

Situação bem distinta ocorre nos recursos ordinários, onde o cabimento é neutro e se situa claramente no plano da admissibilidade. Uma sentença, por exemplo, tem como recurso cabível a apelação, independentemente de seu conteúdo estar correto ou incorreto, ser justo ou injusto. Uma apelação, ainda em exemplo, pode ser cabível e provida ou improvida e se incabível, nenhuma ideia se terá do que o órgão julgador pensa sobre o seu mérito, porque não chegará a tocá-lo.

Já nos recursos extraordinários, dizer que são incabíveis significa dizer que não houve violação e que, portanto, seriam de qualquer forma improcedentes. Dizer-se que são cabíveis, obriga a que se os proveja, pois reconhecida a violação que enseja o cabimento, sua correção é consequência lógica.

Este caráter não-neutro que ostenta o cabimento dos recursos de feição excepcional faz com que se questione, por exemplo, em que medida pode o juízo regional, a pretexto de exercitar o juízo de admissibilidade que lhe toca nestes recursos, dizer que o recurso é incabível por não ter a decisão impugnada incidido em violação ao direito federal. É que esta afirmação acaba por dizer mais do que a simples inadmissão: diz que o recorrente não tem razão na sustentação que faz de que a violação

teria ocorrido. E ao fazê-lo, acaba por se imiscuir numa competência que é reservada aos tribunais superiores, pois só a eles incumbe o julgamento do mérito de tais recursos¹⁹.

Nada obstante a aparente procedência dessas objeções, a jurisprudência é pacífica em consentir que a autoridade regional diga que a decisão impugnada não violou o direito federal e, portanto, proclame o incabimento do recurso, negando-lhe seguimento. Restará à parte manejar o agravo de instrumento do art. 544, do CPC, em tais casos, para conduzir o exame do tema aos tribunais superiores e, com isto, obter a resposta do juízo efetivamente competente para dizer o direito federal.

É em face dessa complexidade e de seus desdobramentos, que o cabimento, que é um pressuposto genérico de admissibilidade de qualquer recurso, acaba merecendo, em sede de recursos extraordinários, um tratamento de pressuposto específico.

Apontada esta importante peculiaridade relativa ao cabimento dos recursos extraordinários, podem ser vistas as hipóteses de cabimento de base constitucional de cada um dos tipos.

No que tange ao recurso extraordinário, as hipóteses de cabimento estão previstas no permissivo constitucional do art. 102, III, em suas quatro alíneas. Da leitura conjunta das alíneas, se extrai a conclusão central, antes expressada, de que o cabimento deste tipo recursal pressupõe que a decisão regional tenha incorrido em violação à Constituição Federal.

A hipótese mais importante de todas é a da alínea “a”, pois ela tem generalidade suficiente para englobar o contido nas demais alíneas, ao dispor que o recurso extraordinário é cabível contra decisão que “*contrariar dispositivo desta Constituição*”. É que os demais permissivos, embora cumpram função, tratam apenas de especificar hipóteses nas quais se presume que tenha havido violação à Constituição e se determina de modo objetivo que o recurso tem cabimento, para que o STF examine de perto o julgado e confirme se houve ou não violação à Constituição.

Com efeito, na alínea “b”, ao se dizer cabível o extraordinário contra decisão que “*declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*” se está presumindo a constitucionalidade de todo o tratado ou lei federal e supondo que uma decisão que negue esta presunção tenha violado a Constituição. Não há necessidade de um juízo de valor²⁰ para ver cabível o recurso neste caso, pois basta constatar esse resultado de declaração de inconstitucionalidade para que o cabimento se imponha. O STF, ao julgar o mérito do recurso, dirá se a decisão acertou ou não ao proclamar a inconstitucionalidade.

Ao contrário do que constitui o permissivo da alínea “b”, se a decisão regional tiver julgado constitucional tratado ou lei federal, confirma-se a presunção de legitimidade do direito federal e aí não será cabível o recurso, sob a invocação desta alínea. No entanto, nada impede que diante de uma decisão que declarou constitucional tratado ou lei federal, se esgrima recurso extraordinário fundado na alínea “a”, porque pode ter errado a decisão regional e ser efetivamente inconstitucional o tratado ou lei federal, vale dizer, pode ter havido contrariedade a dispositivo da Constituição.

O mesmo raciocínio vale para o permissivo contido na alínea “c”, que prevê o cabimento diante de decisão que “*julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição*”. Neste caso, o que se tem no âmbito do juízo regional é um confronto entre lei ou ato locais (estadual, distrital ou municipal) de um lado e a Constituição de outro. Se a decisão dá primazia ao direito local em detrimento do direito constitucional, há hipótese objetiva de cabimento, para que o STF diga se a Constituição foi respeitada pela decisão. Se ao revés, a decisão regional, neste confronto afirma a primazia da Constituição em detrimento da lei ou ato locais, então o recurso não será cabível com base na alínea “c”, mas de novo poderá ser viável o recurso pela alínea “a”, pois outra vez pode ter havido contrariedade a dispositivo da Constituição.

Percebe-se que nas alíneas “b” e “c” se está presumindo que houve contrariedade a dispositivo da Constituição (o que perfaz o permissivo da alínea “a”) e só não se podem dizer inócuas e redundantes tais previsões (na medida em que a da alínea “a” as abarca e seria suficiente, portanto) porque nelas o cabimento é objetivo, medido pelo resultado. Já na alínea “a”, a contrariedade precisa ser evidenciada, provada, pena de não ser cabível o recurso. É a alínea “a”, portanto, que traduz o caráter não neutro do cabimento do recurso extraordinário, pois é só no seu âmbito que o cabimento pressupõe um juízo de valor sobre ter havido a efetiva contrariedade a dispositivo da Constituição.

No que tange à alínea “d”, que prevê o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão impugnada “*julgar válida lei local contestada em face de lei federal*”, tem-se outra hipótese objetiva, pois basta que a instância regional, no confronto entre a lei local e a lei federal, tenha reconhecido a primazia da primeira para que caiba o recurso. Seguindo-se a mesma lógica hermenêutica aplicada na análise das alíneas “b” e “c”, retro, outra vez caberia dizer que se a decisão regional fizer o inverso, isto é, proclamar a validade da lei federal em detrimento da lei local, não caberá o recurso com base na alínea “c”, mas poderá caber com base na alínea

“a”, pois poderá ter havido contrariedade a dispositivo da Constituição. A diferença é que se fulcrado o recurso na alínea “a”, o cabimento pressupõe a demonstração da violação, enquanto que se for a hipótese da aliena “c”, essa violação se presume.

No entanto, aqui há uma reflexão mais profunda que pode sustentar uma visão diversa. É que se a questão que se põe quando na decisão a lei local recebe primazia em detrimento da lei federal é de competência legislativa e, portanto, necessariamente constitucional, a situação inversa – aquela em que a lei federal recebe afirmação pela decisão regional em detrimento da lei local – também o seria, motivo pelo qual a situação inversa à previsão textual da alínea “d” também mereceria objetivo cabimento. É que não se acha razão aqui para presumir o cabimento quando a lei local é afirmada sobre a lei federal e não em sentido inverso, pois do ponto de vista da competência é tão ofensiva à Constituição uma hipótese como a outra.

Nesse sentido, merece registro a lição André Ramos Tavares:

[...] seguindo a mesma lógica que norteou a introdução dessa nova hipótese de recurso extraordinário, poderia ter sido contemplada também a hipótese de decisão que julga válida lei federal contestada em face de lei local, pois também nestes casos poderá ter havido equívoco da decisão, sendo igualmente um problema constitucional de divisão de competências. [...] A forma como está redigida a nova hipótese não se coaduna, portanto, com o modelo federativo brasileiro, que não deve dar tratamento privilegiado a nenhuma das entidades federativas (ou suas leis)²¹.

A propósito da alínea “d”, convém assinalar uma peculiaridade, pois sua inserção no rol das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário é recente, derivada da emenda 45/2004. Até então, a hipótese que hoje se contém na novel alínea “d”, estava inserida na alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF, como hipótese de cabimento do recurso especial.

Uma leitura desavisada do texto da atual alínea “d”, do inc. III, do art. 102, da CF, ora comentada, pode sugerir que a mudança feita pela emenda foi desarrazoada, pois parece que se trata de questão de direito federal infraconstitucional, própria ao âmbito do recurso especial e não aos propósitos do extraordinário, que aspira cuidar tão somente de questões de índole constitucional. Mas essa sensação se esvanece quando se percebe que a questão que se decide no confronto entre uma lei local e uma lei federal é puramente constitucional, pois se resolve no cardápio de competências legislativas atribuídas

a cada ente federado e isto quem disciplina é o texto constitucional e não a lei federal ordinária.

De sorte que andou bem o legislador ao contemplar essa mudança, por meio da edição da emenda 45/2004, pois corrigiu um equívoco claro em que incidira o legislador constituinte originário²².

Analizadas as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, se reforça a constatação de que a premissa central reside na exigência de que a decisão regional tenha violado a Constituição, pois é de violações constitucionais que tratam todas as alíneas. A diferença é que no permissivo da alínea “a” se reclama prova dessa violação como pressuposto de cabimento e nas demais alíneas essa violação se presume e o cabimento é objetivo.

Entretanto, a alínea “a”, por encerrar a hipótese central de cabimento, acaba englobando as demais alíneas. Isto porque, não se enquadrando a decisão regional às hipóteses das alíneas “b”, “c” e “d”, nada obsta que o recurso possa ser cabível pela alínea “a”, pois a contrariedade à constituição poderá ser sustentável.

Último ponto a assinalar no que tange às hipóteses constitucionais de cabimento do recurso extraordinário decorre de outra novidade trazida pela emenda constitucional 45/2004, que ao introduzir o § 3º, ao art. 5º, da CF, deu *status* de norma constitucional aos tratados e convenções internacionais cujo conteúdo verse sobre direitos humanos, desde que subscritos pelo Brasil e postos em vigor no plano interno mediante aprovação com o quórum previsto²³.

A partir dessa novidade, ao lado das normas inseridas no texto constitucional se põem as regras constantes em tais tratados, que, se violadas por decisão regional, renderão recurso extraordinário e não recurso especial, como poderia parecer aos menos avisados, fiados na suposição de que os tratados internacionais têm status de lei federal e que por isso estariam sob o crivo do STJ, na via do recurso especial. Essa suposição é verdadeira para a maioria dos tratados internacionais sobre as demais matérias (como se infere da alínea “a”, do inc. III, do art. 105, da CF, adiante analisada), mas não vale para os tratados atinentes aos direitos humanos²⁴.

Vistas as hipóteses de cabimento de base constitucional concernentes ao recurso extraordinário, pode-se passar a fazer o exame dos permissivos constitucionais relativos ao cabimento do recurso especial, que estão consagrados nas alíneas do inc. III, do art. 105, da CF.

Relativamente ao recurso especial, como já dito, a hipótese central de cabimento se traduz pela exigência de que a decisão impugnada tenha incorrido em violação

às normas de direito federal infraconstitucional (lei federal).

O mesmo raciocínio desenvolvido na análise das hipóteses de cabimento do extraordinário vale para as previsões do especial, pois a alínea “a”, do inc. III, do art. 105, da CF, dita o cabimento desse recurso quando a decisão regional “*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*”²⁵. Em semelhança com o que ocorre com a alínea “a” relativa ao extraordinário, também aqui se tem hipótese genérica, não neutra, que abarca as previsões contidas nas alíneas subsequentes e que reclama um juízo de valor para sua aferição, que não é, portanto, objetiva.

A alínea “b”, por sua vez, cuida de afirmar o cabimento do especial contra decisão que “*julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal*”, o que traduz hipótese que se ajustaria ao permissivo da alínea “a”, pois se trata de possível violação da lei federal. Nada obstante essa sobreposição, a alínea “b” cumpre função, pois revela hipótese objetiva de cabimento, uma vez que, diante de decisão que proclame tal resultado não há necessidade de sustentar-se e provar-se a efetiva violação da lei federal, pois esta se presume. Na situação inversa à previsão do permissivo ora analisado, ou seja, quando no confronto entre o ato local e a lei federal a decisão der primazia à lei federal, o recurso não será cabível com base na alínea “b”, mas nada impede que se o exercite com fundamento na alínea “a”, pois mesmo nesse caso poderá se configurar contrariedade à lei federal. A diferença é que nesta última situação ter-se-á que sustentar e convencer de que a violação houve, para que o recurso mereça trânsito.

Lembre-se que a previsão da alínea “b”, ora analisada, originariamente aludia como hipótese de cabimento o confronto entre “*lei ou ato do governo local contestado em face da lei federal*” e que a Emenda 45/2004 transferiu a alusão à lei do governo local para a órbita do recurso extraordinário, introduzindo a antes comentada alínea “d”, ao inc. III, do art. 102, da CF.

No que tange à previsão da alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF, se prevê o cabimento do recurso especial diante de acórdão regional que “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”. Aqui o cabimento pressupõe o dissídio jurisprudencial entre tribunais diversos, que proclamam orientações diferentes acerca de uma mesma questão de direito federal. Também aqui há, como sempre, a suposição de que o acórdão recorrido violou a lei federal e que, portanto, se preencheria também o permissivo da alínea “a”. Outra vez, a previsão, embora em parte redundante, cumpre função, pois demonstrada a existência do dissídio jurisprudencial,

o recurso especial será objetivamente cabível, sendo desnecessário que se cumpra a exigência que é peculiar ao permissivo da alínea “a”, de que se sustente e convença da existência de efetiva contrariedade à lei federal.

Do exame dos permissivos se extrai a confirmação do antes dito, no sentido de que o especial tem cabimento diante de acórdãos regionais que tenham perpetrado violação ao direito federal de índole infraconstitucional.

Resta esclarecer que sob o conceito de “lei federal”, para fins de cabimento do recurso especial, se compreendem os atos normativos emanados da União, no exercício de sua competência legislativa e regulamentar. Abarca leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias e decretos. Naturalmente que tais diplomas só serão lei federal para os propósitos do recurso especial se se tratar de normas de abrangência nacional, pois se excluem os diplomas que, nada obstante emanados da União, têm função restrita de reger temas regionais, como, por exemplo, as leis que disciplinam a organização do distrito federal.

Incluem-se, igualmente, no conceito de direito federal infraconstitucional os tratados internacionais que tenham sido subscritos e postos em vigor no plano interno, mediante os mecanismos previstos na Constituição (art. 49, I, da CF). Este *status* de lei federal que ostentam os tratados internacionais sofre exceção, entretanto, na hipótese do § 3º, do art. 5º, da CF, já examinada, quando se trate de tratados sobre direitos humanos.

A título exemplificativo, não são considerados lei federal, para propósito de cabimento de recurso especial, os regimentos internos de tribunais (Súmula 399, STF), as resoluções de autarquia, os provimentos dos conselhos federais de classes profissionais (como OAB, CFM e outros).

A propósito desta questão, se perquire relativamente ao enquadramento das normas federais de menor hierarquia, tais como portarias, instruções normativas, circulares e outras. Acerca disso, a jurisprudência mais recente do STJ é dominante no sentido de não considerar tais atos como parte integrante do direito federal, a fim de viabilizar o recurso especial. Nesse sentido:

[...] 3. A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato) produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias,

delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República. Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como as resoluções da ANEEL (REsp 962366/RS, relator, Min. Castro Meira)²⁶.

Soa estranha essa posição, pois tais diplomas normativos têm caráter verdadeiramente regulamentar, de modo que não adquirem autonomia, já que têm de estar sustentados em regras próprias de direito federal (leis complementares, ordinárias, etc.). Assim, se uma decisão afronta esses diplomas, acaba por afrontar a norma federal que dá suporte aos mesmos. Quer parecer que afastar do controle do STJ na via do recurso especial tais normativos é permitir uma zona de regramento imune a controle, gerando a absurda situação de que uma norma inferior, que deveria ter caráter meramente regulamentar, assuma uma inquestionabilidade que nem as mais nobres normas de direito federal ostentam.

No entanto, para obviar o entendimento restritivo que predomina no STJ neste ponto, basta que se cuide de invocar e prequestionar as normas de direito federal que se sobrepoem a estes atos normativos – e que os desmerecem ou os respaldam –, e o recurso especial vai ser viabilizado. Não é prudente, portanto, sustentar como hipótese de cabimento a violação a estes normativos secundários.

Em suma, os recursos extraordinários têm hipóteses de cabimento que são aferidas mediante a análise do conteúdo das decisões que pretendem impugnar, reclamando-se que tratem de matéria de direito federal constitucional, no caso do extraordinário e infraconstitucional no caso do especial. E mais do que isto, que a decisão atacada, versando esses temas, tenha incidido em violação ao direito federal constitucional e infraconstitucional, presumindo-se esta violação nas hipóteses de cabimento que não as contidas nas alíneas “a”, dos dois artigos pertinentes, que ostentam, por isso, caráter objetivo.

É por este motivo que no âmbito desses recursos não se discute matéria puramente fática, sendo chamados de “recursos de direito estrito”, conforme assinalado anteriormente.

Aprofundando-se, agora, esse tema, é de ver que em ambos os tribunais superiores se editou súmulas que visam a implementar essa máxima e coibir que os recursos extraordinários desbordem desses limites de cabimento. No âmbito do STF se tem a vetusta Súmula 279, a dizer que “*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*” e no STJ o mesmo é dito pela Súmula 07, que dita: “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Estes postulados dão concreção a essa característica dos recursos extraordinários, sobre serem de direito estrito e mais do que simplesmente significarem veto apenas à revisão de matéria probatória, descartam que o debate travado no recurso se circunscreva a matéria puramente fática.

É daí que deriva uma questão das mais tormentosas, pois o direito nada mais faz do que disciplinar fatos, de modo que sua aplicação não tem como se dar dissociada da realidade destes. Assim, matéria puramente de direito em verdade não existe, pois o processo reclama fatos, sobre os quais o direito deve incidir. A dificuldade, portanto, reside em divisar o que é matéria puramente fática e o que é matéria de direito, qual a fronteira entre o mero fato e a matéria de direito, para fins de seleção do que cabe discutir e do que não tem lugar nos recursos extraordinários.

Infelizmente parece não haver uma fórmula totalmente segura para estabelecer a fronteira entre o fato puro e o direito, o que leva a que se recaia em um certo subjetivismo dos tribunais, que diante de situações muitas vezes similares, acabam por pronunciar decisões diametralmente distintas, ora conhecendo de recursos por considerar que o debate é de direito e ora inadmitindo recursos análogos, pelo suposto óbice das Súmulas 07 e 279²⁷.

Nada obstante se tenha que reconhecer as dificuldades para uma segura delimitação da solução a esta questão, é possível que se tome como parâmetro que o que é claramente vedado no âmbito dos recursos excepcionais é pretender que, por seu intermédio, os tribunais superiores reinterpretem o material fático e invertam as conclusões firmadas no âmbito regional acerca dos fatos da causa.

Assim, por exemplo, numa ação de indenização por acidente de trânsito, a aferição da culpa pelo evento danoso é matéria que depende estritamente dos fatos e que se esgota nas instâncias ordinárias, não sendo possível pretender que na via excepcional se reveja o tema, pois como a culpa é inferida dos agires do imputado, alterar-se a conclusão regional implicaria em reverter-se a interpretação sobre os fatos da causa. Mas se na mesma demanda, ainda em sede de exemplo, uma determinada prova foi reputada ilícita, quando o direito federal a admite, o tema pode ensejar recurso excepcional, porque não se estará discutindo o fato em si, mas sim o direito federal probatório.

Conquanto os exemplos aqui sejam sempre perigosos, pois só uma completa contextualização de todas as circunstâncias da causa pode permitir um juízo mais seguro, arrisca-se exemplificar também com as seguintes hipóteses: (a) valoração da prova é matéria de fato, enquanto regras e princípios de direito probatório

constituem matéria de direito, como pode ocorrer em caso de indevida inversão do ônus de provar; (b) admissão de prova exclusivamente testemunhal onde a lei exige início de prova por escrito é matéria de direito²⁸; (c) falsidade da prova é fato, pois sua aferição depende da interpretação do material probatório, enquanto licitude da prova é direito, pois envolve apenas aplicar as regras que ditam a legitimidade do meio probatório, sem necessidade de revisar e reinterpretar os fatos.

Dignas de registro, a propósito do tema, as Súmulas 05/STJ e 454/STF, que afastam a viabilidade de simples discussão sobre a interpretação de cláusulas contratuais na via excepcional.

Ainda no que se refere a este tema, interessante a análise da viabilidade ou não de questionar-se na via excepcional a fixação da indenização por dano moral. Primeiramente, os tribunais superiores se inclinavam no sentido de que era inviável revisar essa fixação, por que ela naturalmente envolve a necessidade de revisar a interpretação da matéria fática (o que parece coerente, pois o dano moral é casuístico). Entretanto, diante de algumas decisões aberrantes de tribunais regionais, passou-se a admitir como viável a revisão do valor da indenização na via excepcional, quando manifestamente abusivo ou irrisório. Por exemplo, não é razoável que em julgamento proferido no âmbito de um estado da federação, um cidadão receba uma indenização por dano moral no montante de “X”, por uma indevida inclusão de seu nome em cadastros restritivos de crédito, enquanto que em outro estado da federação, outro cidadão inserido num contexto equivalente receba uma indenização de “50X”, pelo mesmo fato.

Reitere-se que a exemplificação aqui tem de ser vista com máxima cautela, pois há uma margem de incerteza sempre no que tange a este ponto e um detalhe qualquer pode alterar a conclusão a que se chega.

3.2.3 Prequestionamento

Último requisito especial de admissibilidade dos recursos extraordinários que se propõe aqui analisar, o questionamento está ligado à exigência de que esses tipos recursais só se viabilizem contra decisões que tenham versado sobre temas de direito federal, constitucional ou infraconstitucional.

Se só decisões que tenham contrariado a Constituição ou a lei federal é que são impugnáveis por estes recursos, a decorrência lógica desse requisito especial de admissibilidade é que a questão de direito federal que serve de base ao recurso não possa ser inaugurada perante o STF/STJ. A estes tribunais,

na via dos recursos excepcionais, cabe tão somente revisar o entendimento que os juízos regionais tenham dado à matéria de direito federal, constitucional ou infraconstitucional, o que supõe que os temas tenham sido tocados, ventilados, questionados previamente na decisão regional recorrida.

A designação que se dá ao pressuposto explica o seu conteúdo: prequestionar é questionar antes a matéria que serve de base ao recurso. É ter a decisão regional recorrida tratado do tema em que se estriba o recurso excepcional. A Súmula 282, do STF, bem revela o significado da exigência ao dizer: “*É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”.

Logo, nenhuma dificuldade se erige à compreensão do que seja o questionamento e por menos que se tenha agrado pela exigência – porque manifestamente restritiva da recorribilidade na via excepcional –, há de reconhecer-se que ela faz todo o sentido.

Assim, se a sustentada violação à constituição ou à lei federal não tiver sido tocada na decisão regional recorrida, não se perfaz o requisito do questionamento e não pode merecer trânsito o recurso. Nesse caso, se impõe atentar para a orientação constante na Súmula 356, do STF: “*O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do questionamento*”.

Vale dizer que é ônus da parte provocar o enfrentamento, no âmbito regional, das matérias de direito federal, aptas a viabilizarem o recurso excepcional²⁹. Se a despeito dessa provocação o juízo regional se omite em tocar nos temas, é imperativo que se maneje embargos de declaração prequestionadores, conforme dita a súmula por último referida³⁰.

De notar-se que a súmula não torna obrigatório o manejo dos embargos de declaração, mas apenas os diz necessários quando a decisão regional se esquiva de questionar. Assim, se a decisão regional enfrenta espontaneamente as questões federais que se prestam a suportar os recursos excepcionais, viabiliza-se a interposição destes, sem necessidade de embargos de declaração.

Entendido esse cenário, é de ver que a preocupação com o questionamento não deve surgir apenas depois que vem à tona a decisão que esgota as instâncias ordinárias, mas sim no momento em que se vai aviar o recurso ordinário. É neste passo que o recorrente deve projetar um eventual insucesso do recurso ordinário e já se antecipar em deduzir todos os temas de direito federal possíveis, com claro pleito para que, ao julgar o recurso ordinário, o órgão julgador examine os temas de direito federal e os questione.

Se este cuidado é observado e mesmo assim o órgão julgador do recurso se esquia de tocar nos temas, fica mais robusta a prerrogativa de o prejudicado esgrimir os embargos de declaração prequestionadores, porque a provocação para que se desse o enfrentamento dos temas pertinentes foi feita.

Muito embora seja bastante recomendável à parte suscitar as matérias de direito federal e pedir que sejam enfrentadas na decisão, essa providência não ostenta caráter condicionante do prequestionamento, porque mesmo sem qualquer provocação explícita da parte o órgão julgador pode adentrar nos temas de direito federal que são próprios da causa ou que sejam apreciáveis de ofício e o prequestionamento estará atendido.

Ocorre que, muitas vezes, mesmo quando a parte suscita as matérias de direito federal no recurso ordinário e maneja embargos prequestionadores diante da omissão do órgão julgador do recurso em enfrentá-las, no julgamento destes o órgão julgador recalca na omissão, desprovendo os embargos e se negando a enfrentar os temas de direito federal.

Nestes casos, não se tem por atendido o prequestionamento, como se afirma na Súmula 211, do STJ: “*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo*”.

É que pelo menos em matéria processual civil, não se tem admitido a figura do prequestionamento ficto, que seria aquele que se consideraria realizado pela simples provocação da parte, desimportando que o órgão julgador em sede regional tenha se pronunciado sobre o tema. Ou seja, se se admitisse o prequestionamento ficto, o preenchimento desse pressuposto seria em muito facilitado, pois bastaria à parte provocar para ter-se por prequestionada a matéria³¹.

Como não se tolera o prequestionamento ficto, quando o juízo regional se esquia do enfrentamento das matérias que a parte pretende prequestionar, mesmo que aviados os embargos de declaração prequestionadores, o remédio então é sustentar que a omissão do órgão regional em sanar a falta de enfrentamento da questão federal representou uma nova violação, agora ao disposto no art. 535, do CPC, que elenca as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração³².

Diante disso, deve ser aviado recurso especial, por violação à regra por último mencionada e postulada a cassação da decisão regional, para que se determine que os autos a ela voltem, para que supra a omissão e enfrente as matérias que dão azo aos recursos excepcionais. Só então é que, atendido o prequestionamento no que tange à matéria de fundo, vai ser viável novo recurso de feição excepcional, agora para debater o que realmente

importa, que é a reforma da decisão que deliberou o direito da parte.

Esse procedimento é respaldado pela maciça jurisprudência dos tribunais superiores e cumpre uma lógica irretocável, perfeitamente afeiçãoada ao pressuposto do prequestionamento. No entanto, para quem vê as coisas sob a ótica do jurisdicionado e com alguma preocupação com a racionalidade do processo e com os princípios da celeridade e da economia, que informam o direito processual, esse caminho soa inaceitável³³.

Imagine-se, por exemplo, que ao julgar a apelação do autor, o tribunal lhe nega provimento e mantém a sentença de improcedência. E no acórdão de apelação, nada obstante as súplicas da parte no sentido de que se desse o enfrentamento de matérias de direito federal, o tribunal se esquia de fazê-lo e mesmo depois de reiteradas as súplicas na via dos embargos de declaração, ainda assim o órgão julgador negar o prequestionamento. O autor então, seguindo a lógica antes descrita e respaldado pela firme jurisprudência do STJ, interporá recurso especial alegando a violação ao art. 535, do CPC e postulando a cassação do acórdão de apelação (além de, em homenagem ao princípio da eventualidade, manejar todas as demais impugnações cumuláveis, inclusive a que intenta reforma do acórdão de apelação, onde se pretende que haja o julgamento de procedência da ação).

Esse recurso especial vai consumir longo tempo em seu périplo ao STJ, onde tende a lograr provimento para que seja cassado o acórdão regional e determinado o retorno dos autos ao tribunal regional, para que o órgão julgador da apelação supra a omissão e prequestione as matérias pertinentes. Os autos voltam e o órgão julgador da apelação cumpre a ordem do STJ e enfrenta as matérias que a parte queria prequestionar. Publicada esta nova decisão, novo recurso excepcional terá que ser esgrimido, agora para deduzir a questão que realmente importa e que é o pleito de reforma do acórdão e consequente julgamento de procedência da ação. Este novo recurso vai consumir mais longo tempo até que enfim se obtenha, perante o tribunal superior, a tão sonhada reforma, que reconheça o direito material do autor, proclamando-se a procedência da demanda.

É de convir que esse périplo, por lógico que seja, submete as partes a uma demorada e inútil tramitação, pois o recurso excepcional vai e volta da província à Brasília, e depois repete o caminho, desperdiçando tempo e gastando desnecessariamente o mecanismo jurisdicional, tudo em nome de uma exagerada devoção à formalidade do prequestionamento.

Menos mal que muitos julgados dos tribunais superiores têm temperado esse rigor, para evitar

o desperdício e superar a exigência, desde que o recorrente tenha cuidado de proceder nos moldes acima sugeridos³⁴. Ou seja, quando a parte argúi a violação ao art. 535, do CPC e prossegue com a impugnação dos temas de fundo, a tendência é que o tribunal superior não imponha a cassação e passe logo ao julgamento do que importa fazendo de conta que houve o prequestionamento. Não chega a haver uma franca admissão de que se tolerou um prequestionamento ficto, mas na prática se atingem resultados similares. Entretanto, se a parte descuida ao aviar o recurso excepcional e não alega a violação ao art. 535, a tendência é que o recurso não seja admitido, por ausência de prequestionamento³⁵.

Entendido o conceito de prequestionamento e os mecanismos para sua obtenção é preciso que agora se enfrente outro aspecto, que apresenta certo grau de dificuldade, e que diz com a constatação efetiva, mediante análise da decisão regional, sobre se houve ou não o prequestionamento e sobre se são ou não necessários os embargos prequestionadores.

É que a efetiva visualização do prequestionamento nem sempre é pacífica e grassa ainda certa polêmica sobre se o prequestionamento precisa ser explícito ou se basta que se o faça de modo implícito³⁶.

Pquestionamento explícito se pode dizer que ocorre quando a decisão regional claramente enfrentou o tema de direito federal que dá ensejo ao recurso especial, chegando ao ponto de mencionar expressamente o número dos dispositivos da Constituição ou da lei federal que se sustenta violados (o que alguns chamam de “prequestionamento numérico”)³⁷. Assim, se os dispositivos da Constituição ou da lei federal que o recorrente sustenta violados foram explicitamente referidos na decisão recorrida, tem-se o prequestionamento explícito³⁸.

Pquestionamento implícito se pode dizer que ocorre quando, mesmo não tendo havido literal menção aos dispositivos da Constituição ou da lei federal, que se sustenta violados, a matéria neles disciplinada foi devidamente enfrentada e decidida³⁹.

Muito embora seja majoritário o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que é suficiente o prequestionamento implícito, sendo desnecessário que se faça expressa menção aos dispositivos da Constituição ou da lei federal, a parte sempre tende a ficar insegura sobre se está ou não atendido o requisito, pois pode que no entender do juízo regional, prolator da decisão atacada pela via excepcional, pareça atendido o prequestionamento e que o mesmo entendimento não seja compartilhado no âmbito do STF/STJ⁴⁰.

Essa incerteza, quando existente, recomenda a cautela de que se manejem os embargos de declaração

prequestionadores, com o cuidado de lembrar o teor da Súmula 98/STJ, para desestimular eventual ânimo de penalização. Na perspectiva de eventual inadmissão ou improvemento dos embargos, é recomendável que sucessivamente se aduza a advertência de que a resistência em suprir a omissão e efetuar o prequestionamento acarretará violação ao art. 535, CPC. Esta advertência serve para preparar o passo seguinte, que é a já aludida impugnação mediante recurso especial, sustentando a nulidade da decisão regional por violação ao art. 535 e consequente pleito de cassação do acórdão regional.

De tudo se vê que o prequestionamento só está seguramente implementado quando a decisão regional enfrentar com clareza as questões de direito federal que servem de base ao recurso excepcional, sendo oportuna a alusão expressa aos dispositivos que se sustenta violados, para se precaver de alguns entendimentos restritivos que infelizmente ainda remanescem.

Por fim, em relação ao requisito do prequestionamento, resta enfrentar a sua relação com as questões ditas imperativas ou de ordem pública. É que na órbita da devolução recursal, além das matérias voluntariamente devolvidas pelo recorrente, vêm a reboque alguns temas que não precisam ser suscitados, como ocorre com as chamadas questões de ordem pública.

Com efeito, os temas atinentes aos pressupostos processuais e às maldenominadas condições da ação, consoante previsão do § 3º, do art. 267 e do § 4º, do art. 301, ambos do CPC, podem ser conhecidos a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Tais temas são reputados questões imperativas porque interferem com a validade do processo e por isso sobre eles o sistema não exige que haja provocação pela parte, podendo ser enfrentados de ofício pelo órgão julgador.

Assim, por exemplo, se a sentença julga procedente a ação e o réu apela pugnando pela improcedência, sem que tenha arguido a incompetência absoluta do juízo de primeiro grau (questão que já poderia ter sido vista pelo prolator da sentença, mas lhe escapou), o tribunal, ao julgar a apelação, pode ver a clara invalidade e, de ofício, reconhecer a incompetência absoluta. Esta questão foi automaticamente devolvida com o recurso de apelação e pode ser enfrentada, mesmo que não tocada previamente pelo órgão jurisdicional ou suscitada pela parte⁴¹. Esse pronunciamento se impõe, para evitar que transite em julgado uma decisão de mérito maculada por grave invalidade, dando azo a posterior ação rescisória.

Mas e se nesse mesmo exemplo, o tribunal regional também não se apercebe da incompetência e mantém a sentença de procedência e o réu, ao atacar

o acórdão pela via excepcional persiste sem invocar a incompetência, que de resto não restou tocada no acórdão regional, poderá o tribunal superior, em sede de recurso excepcional, de ofício pronunciar a nulidade do julgado, diante da questão imperativa? Elaborada de modo mais ampla a indagação, podem os tribunais superiores, na via excepcional, examinar questões de ordem pública não prequestionadas na decisão regional?

Apesar de parecer óbvia a resposta afirmativa, pois se cuida de questões que afetam a validade do processo e que tendem a interferir com a eficácia da decisão, predomina o entendimento de que as questões de ordem pública não podem ser afirmadas em sede de recursos excepcionais se não tiverem sido prequestionadas⁴².

Com a vênua dos que assim pensam, quer parecer que mais uma vez o que se tem é uma obsessão pelos rigores do prequestionamento e uma sanha demasiado restritiva à viabilização dos recursos excepcionais. É que se as questões de ordem pública afetam a validade da decisão, não parece racional que antes do fim do processo, visualizando o defeito, qualquer órgão julgador se esquive de pronunciá-las. O que se impõe como prevalente aqui é evitar que se produza uma decisão maculada, que depois será objeto de entraves à eficácia em sede executiva, mediante impugnação do executado (ou dependendo do defeito, mesmo pela via da exceção de pré-executividade) ou será alvo de ação rescisória, para desconstituí-la e ver reconhecido o vício.

Compreende-se que a função dos recursos excepcionais é peculiar e restrita a corrigir os erros de aplicação do direito federal constitucional e infraconstitucional, perpetrados pelos juízos regionais, mas parece que em certas áreas, os imperativos de ordem pública que condicionam a validade do processo e que visam, em última essência, dar utilidade à prestação jurisdicional, não possam ser negligenciados⁴³.

Nada obstante o entendimento recém sustentado, merece registro o fato de que a jurisprudência do STJ, particularmente, tem se pronunciado no sentido da inviabilidade de que se enfrentem questões de ordem pública não prequestionadas.

3.3 Presupostos específicos aplicáveis a uma só espécie

Sob este tópico, o que se quer é destacar os pressupostos que não são aplicáveis indistintamente aos dois tipos de recursos excepcionais. Daí que se analisa a exigência própria do tipo recursal extraordinário, consubstanciada na repercussão geral, depois se acentua a exclusiva exigência dos recursos especiais, de que a decisão por eles impugnada tenha que ser oriunda

de tribunal regional e, por fim, os aspectos adicionais à regularidade formal que só se exigem nos recursos especiais fundados em dissídio jurisprudencial.

3.3.1 Repercussão geral no recurso extraordinário

Um dos mais recentes frutos da “crise do Supremo Tribunal Federal” é a introdução de um novo pressuposto de admissibilidade ao recurso extraordinário, traduzido pela chamada “repercussão geral”.

Talvez a mais relevante novidade da emenda constitucional 45/2004 tenha sido a introdução dessa nova exigência, exclusivamente aplicável ao recurso extraordinário, nos termos do seguinte dispositivo ao art. 102, da Constituição:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Muito embora tenha sido introduzida a exigência em 2004, sua vigência é bem mais recente, pois teve de aguardar a edição da lei 11.418, de 19/12/2006, que regulamentou o pressuposto, adaptando o Código de Processo Civil.

Mas sua vigência efetiva só se deu a partir de 3 de maio de 2007, data da entrada em vigor da emenda regimental 21/07 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto no âmbito do STF.

Assim, somente os recursos extraordinários julgados a partir de 3 de maio de 2007 é que passaram a se submeter ao crivo da nova exigência. Os recursos interpostos a partir dessa data se sujeitam integralmente ao requisito da repercussão geral, inclusive nos seus imperativos de cunho estritamente formal, mas os recursos anteriormente interpostos e ainda pendentes de julgamento não estão dispensados da exigência. A diferença essencial entre os recursos interpostos antes da data de corte e ainda não julgados e os recursos manejados depois dela é que os primeiros terão a repercussão geral analisada de ofício, independentemente de arguição pela parte, enquanto que os segundos só serão conhecidos se tiver havido a arguição da repercussão geral, mediante obrigatoria preliminar formal, inserida na peça recursal.

A regra constitucional que introduziu a exigência, acima transcrita, é norma de eficácia contida, pois nitidamente remeteu à lei ordinária a tarefa de preencher o conceito de repercussão geral e por este motivo é que

não foi auto-aplicável. A tarefa foi desempenhada pela lei 11.418, de 19/12/2006, que especificou o conteúdo do conceito nas seguintes regras, inseridas no Código de Processo Civil:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º *Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.*

[...]

§ 3º *Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.*

[...] (grifou-se).

A clareza da dicção legal dispensa maiores digressões, pois o que se exige na repercussão geral é, além de tudo que antes já se exigia para a admissão do recurso extraordinário, que a matéria constitucional debatida no processo e malversada na decisão recorrida transcenda ao interesse individual das partes e assuma um significado mais amplo, capaz de refletir no âmbito de outras relações não postas diretamente em causa. Vale dizer que não basta, para admissão do recurso extraordinário, que a decisão regional tenha contrariado à constituição, como até então era suficiente, é preciso que essa violação tenha aptidão para produzir consequências nefastas em dimensão coletiva e não puramente individual.

Trata-se de mais um passo no sentido de “objetivar” o recurso extraordinário, pois com esse abandono do seu cabimento nas hipóteses em que esteja em pauta o interesse puramente individual dos litigantes, mais se reforça a sua função político-constitucional de servir à unidade federativa. O cerne da preocupação deste tipo recursal, portanto, fica mais distante do sujeito, do indivíduo litigante e mais próximo da federação, do coletivo.

Em palavras muito claras, a partir da introdução desse pressuposto, o sistema passa a tolerar violações à Constituição, perpetradas pelas instâncias inferiores, desde que tais violações não assumam significativa transcendência da órbita individual das partes. A competência de dizer a última palavra sobre a interpretação e aplicação do texto constitucional, até então exclusiva de STF, deixa de sê-lo, pois nos temas sem repercussão os juízos regionais terão liberdade interpretativa.

Menos mal que só ao STF caberá fixar o âmbito em que essa repercussão assume relevo, o que poderá determinar, dependendo do momento histórico, mais ou menos rigor, de forma a diminuir esse espaço deixado às instâncias regionais quando parecer que esta autonomia põe em risco a unidade da Constituição. É que afora exigir relevância, nada mais diz o texto, no sentido de delimitar essa relevância, ficando a cargo do STF dimensionar-lhe os limites.

O uso, pelo texto regulamentar infraconstitucional, da dicção “questões relevantes” remete à lembrança da velha “arguição de relevância da questão federal”, que vigorou sob a égide do sistema antecedente à Constituição de 1988 e que não foi recepcionada por esta. No entanto, a coincidência é só esta, de expressões, pois no que tange ao conteúdo e ao *modus operandi* nada há que equipare a velha arguição de relevância e a nova repercussão geral.

Entendido que a arguição de relevância traduz, em primeiro passo, a exigência de que a decisão impugnada trate de questões de direito constitucional que tenham relevância, é de ver que num segundo passo essa relevância fica circunscrita aos seguintes campos: econômico, político, social ou jurídico. Conquanto cada uma dessas órbitas possua grande amplitude e a soma delas praticamente comporte a inserção de qualquer realidade, parece que a ideia do legislador foi criar uma delimitação ao âmbito da relevância. Ou, embora não perea ser esse o viés, se pode ler o rol como meramente exemplificativo. Qualquer que seja o enfoque, a discussão sobre se o rol é *numerus clausus* ou *numerus apertus* não adquire maior significado, pois, como dito, tudo cabe nas quatro vertentes listadas.

Assim, a previsão do § 1º, do art. 543-A, do CPC, vem cercada por estes contornos, mas acaba ostentando um caráter mais ou menos vago, pois haverá certa margem de subjetividade a ser exercida pelo STF, na definição da concreta existência da repercussão geral. Não é o que se passa com a previsão do § 3º, do mesmo artigo, pois ali há uma hipótese objetiva de aferição da existência de repercussão geral, onde esta se presumirá existente sempre que o recurso investir contra decisão regional que seja contrária ao entendimento sumulado do STF. Nada mais natural que assim seja, pois se a matéria já assumiu relevo a ponto de ter sido sumulada, fica claro que tem repercussão, do contrário não teria sido regradada em súmula. Do ponto de vista prático, nestes casos fica facilitado o trabalho do recorrente, que na sustentação que tem de fazer na peça recursal, sobre a existência da repercussão, poderá em breves linhas demonstrar que seu recurso investe contra decisão contrária à súmula⁴⁴.

Do ponto de vista operacional, o novo pressuposto fez crescer à parte recorrente não só a necessidade de preencher materialmente o requisito, mas também resultou em ônus de caráter formal. É que o texto do § 2º, do art. 543-A, do CPC, se fez claro no sentido de dizer que o recorrente tem de sustentar, em preliminar formal na peça recursal, a existência da repercussão. Ou seja, a partir de 03 de maio de 2007, momento em que passou a ter plena vigência o pressuposto, só apresenta condições de admissão o recurso que tenha, na sua peça de veiculação, uma preliminar formal de sustentação da existência da repercussão geral.

Vale dizer que mesmo que a questão tratada no processo seja da mais clara relevância e mesmo que se trate da objetiva hipótese prevista no § 3º, do art. 543-A, do CPC (decisão regional contrária à súmula), se a parte não fizer a preliminar formal, o recurso não poderá ser conhecido, pois estará comprometida a sua regularidade formal.

De modo que o novo pressuposto fez crescer ao recurso extraordinário também um aspecto adicional de regularidade formal. Além de ter de identificar as partes, ostentar forma escrita, conter fundamentação e pedido, aspectos genéricos que condicionam a regularidade formal de qualquer recurso, a peça recursal que veicula o extraordinário terá de conter a dita preliminar formal de sustentação da existência da repercussão geral, devidamente fundamentada, sob pena de inadmissão por irregularidade formal.

A admissão do recurso, portanto, passa primeiro pela existência da preliminar formal e segundo pela concreta aferição sobre a existência de repercussão geral. O primeiro passo – existência da preliminar formal – é de análise desdobrada, pois sua aferição é compartilhada entre o STF e a instância regional. Com efeito, no exercício do juízo de admissibilidade que é deferido ao órgão regional, normalmente exercitado pelo presidente do tribunal regional (ou pela autoridade a quem este delegar essa competência, como ocorre no TJRS, onde a tarefa é cometida aos vice-presidentes), pode o recurso ter seguimento negado por ausência de preliminar formal, encerrando-se neste passo a prerrogativa regional. Não há competência da autoridade regional para ir além da aferição da existência de preliminar formal, pois dizer que há ou não a repercussão é tarefa exclusiva do STF, conforme expressamente ressalvado no texto do § 3º, do art. 543-A⁴⁵.

No âmbito do STF, único onde se pode afirmar ou negar a repercussão geral, há exigência de quórum mínimo para que seja negada a repercussão geral, pois o § 3º, do art. 102, da CF, ao disciplinar a admissão do recurso neste ponto diz “... *somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”.

Como o STF é composto por 11 ministros (e se subdivide em duas Turmas, cada qual composta por 5 ministros), a recusa da repercussão geral só se dará com o voto de, pelo menos, 8 ministros, sendo suficientes 4 votos para afirmá-la. Ao fixar este quórum qualificado, o texto constitucional de certo modo contrabalançou o viés restritivo que representa a adoção de um novo pressuposto de admissibilidade recursal, compensando com uma certa “facilidade” em ver afirmado o seu preenchimento, pois com um terço dos votos do tribunal a repercussão é reconhecida como existente.

Assentados esses contornos essenciais, se pode ver a dinâmica de processamento do recurso extraordinário após a introdução do novo pressuposto de admissibilidade, representado pela repercussão geral.

No juízo de origem, a autoridade regimentalmente competente (presidente ou vice-presidente do tribunal regional, via de regra) exercita o controle da admissibilidade do recurso extraordinário, aferindo os pressupostos genéricos e os pressupostos específicos de admissibilidade e, dentre estes, por último, a repercussão geral⁴⁶. Lembre-se que no que tange à repercussão geral a competência regional se limita em aferir a existência de preliminar formal⁴⁷. Admitido o recurso, os autos são remetidos ao STF (salvo se se tratar de recursos múltiplos, como se verá adiante, no tópico próprio). Inadmitido o recurso, por qualquer razão, caberá o agravo de instrumento do art. 544, do CPC.

Chegados os autos no STF, são primeiro submetidos ao crivo da presidência, que poderá recusar-lhes admissão por ausência de preliminar formal ou por tratarem de matéria cuja ausência de repercussão já tenha sido anteriormente proclamada pelo STF (art. 327, do RISTF). Não havendo liminar inadmissão do recurso pelo presidente, será o processo alvo de distribuição a uma das Turmas e será sorteado um relator, a quem caberá processar o recurso.

O relator, quando não for o caso de inadmissão por outro motivo (art. 323 RISTF), poderá monocraticamente inadmitir o recurso, por ausência de preliminar formal ou quando a matéria já tenha tido anteriormente negada a repercussão geral.

Não sendo o caso de inadmissão monocrática pelo relator, este submeterá aos demais ministros da Turma, por meio eletrônico, sua manifestação sobre a repercussão geral (dispensado esse procedimento se se tratar de questão sobre a qual o tribunal já tiver reconhecido a repercussão ou quando a decisão regional recorrida for contrária à súmula ou jurisprudência dominante, quando se presumirá a repercussão geral – § 1º, art. 323 RISTF).

Note-se que as decisões monocráticas do presidente e do relator, acima descritas, comportam recurso de agravo, nos termos do § 2º, do art. 327, RISTF, enquanto que a decisão colegiada sobre a existência ou não da repercussão será irrecorrível.

Se a Turma decidir pela existência de repercussão geral por quatro votos, não haverá submissão da questão ao Plenário, pois já estará atingido o quórum mínimo para afirmação da repercussão⁴⁸. Não obtidos os quatro votos no âmbito da Turma, submeter-se-á ao Plenário o processo, até que se atinja o quorum.

Reconhecida a repercussão geral, o recurso será processado e julgado pelo STF, no âmbito da Turma e a decisão de mérito tenderá a orientar os futuros julgamentos sobre a mesma matéria.

Negada a existência de repercussão geral pelo Plenário, em decisão irrecorrível (art. 326, do RISTF)⁴⁹, além de restar inadmitido o recurso, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão de tese, nos termos do RISTF (§ 5º, art. 543-A, CPC)⁵⁰.

É que a decisão sobre a existência de repercussão geral relativa ao tema examinado é alvo de um resumo que é publicado, de modo a valer como acórdão e destinado a orientar a análise futura de processos idênticos. Assim, a decisão que negue a existência de repercussão geral é tomada num processo individual, mas acaba projetando seus efeitos para todos os processos que tratem do mesmo tema, aos quais se aplica, inspirando a inadmissão de todos os recursos pendentes sobre o mesmo tema e servindo de suporte à inadmissão de impugnações futuras, a desestimular que as partes intentem recurso extraordinário relativo a temas que já tiveram a repercussão geral negada previamente pelo STF (§ 7º, do art. 543-A, CPC e parágrafo único do art. 325, do RISTF).

Na prática, vai se constituindo um cardápio das matérias que o STF considera como caracterizadoras da repercussão geral e das matérias cuja repercussão é negada. Assim, ao cogitar do recurso extraordinário, a parte deverá consultar esse cardápio: se nele estiver inserida a matéria de que se ocupa o seu processo, como sendo caracterizadora de repercussão geral, o recurso se viabiliza e a sustentação da repercussão geral em preliminar formal consumirá poucas linhas (apenas as suficientes para demonstrar que a matéria versada já teve sua repercussão previamente reconhecida em processo análogo antecedente). Ao revés, se o tema de que cuida o processo já teve sua repercussão descartada, fica desestimulado o manejo do recurso, eis que fadado à inadmissão. Resta a arte da sustentação para os casos que tratem de matéria inédita, que, com o passar do tempo, serão cada vez mais escassos.

Justamente por causa dessa eficácia transcendente que assume a decisão sobre a repercussão geral é que no processamento de qualquer recurso extraordinário que trate de matéria ainda não submetida a esta análise, o relator poderá admitir a intervenção de terceiros, como *amicus curiae* (§ 6º, do art. 543-A, CPC). Essa intervenção pode ser determinada de ofício pelo relator, que mandará intimar o terceiro ou pode ser requerida por este, sendo deliberada em decisão irrecorrível do relator. Em caso de determinação ou admissão da intervenção, o relator fixará o prazo para o seu exercício (§ 2º, do art. 323, RISTF).

Último ponto que merece análise neste tópico, diz com a prevenção ao risco de engessamento da interpretação que se confere às matérias constitucionais, na perspectiva da repercussão geral. É que como se trata, na repercussão geral, de análise que reclama uma aferição contextual – na dimensão econômica, política, social ou jurídica – o passar do tempo pode retirar a relevância e a transcendência de determinada questão que em dado momento foi tida como caracterizadora da repercussão geral e o mesmo evoluir do tempo pode fazer com que determinada questão acerca da qual se tenha negado a repercussão, passe a ostentá-la.

Isto tem especial importância na medida em que, como acima visto, o cardápio das matérias que têm repercussão geral e das matérias que não a têm é expressamente influente no tratamento futuro dos mesmos temas. De forma que um tema que teve a repercussão reconhecida tende a seguir merecendo esse reconhecimento e um tema que teve negada a repercussão tende a ver sistematicamente negada essa caracterização.

Para obviar esse inconveniente, as regras que disciplinam o processamento do recurso extraordinário fazem expressa previsão da possibilidade de “*revisão da tese*”, como se vislumbra na parte final do § 5º, do art. 543-A, CPC (“... *salvo revisão de tese...*”) e na parte final do art. 327, RISTF (“... *salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão*”).

Não há expressa disciplina do procedimento de revisão de tese⁵¹, de modo que do ponto de vista da parte caberá intentar o recurso mesmo quando se trate de tema cuja repercussão já tenha sido negada. Isto desde, é claro, que o tempo ou novas circunstâncias permitam razoável expectativa de revisão de tese, pois do contrário tudo levará a uma pronta inadmissão recursal. Ao intentar o recurso contra precedente de ausência de repercussão geral, redobra o esforço do recorrente em demonstrar a repercussão, que deverá ser francamente sustentada, com admissão de que se conhece o precedente desfavorável e com pleito convincente para que se empreenda a revisão da tese.

Esses os contornos, portanto, do novo pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja recenticidade determina certa cautela interpretativa, pois somente o passar do tempo com sua cotidiana aplicação vai permitir uma segura delimitação de seu exato alcance e funcionamento.

3.3.2 *Decisão oriunda de tribunal (exigência específica para o recurso especial, não aplicável ao recurso extraordinário)*

Quando se tratou acima de fixar o conceito de “causa decidida”, que perfaz um pressuposto específico de admissibilidade tanto do recurso especial como do extraordinário, fez-se uma comparação entre os incisos terceiros dos arts. 102 e 105, da CF, para assentar a identidade da aplicação da exigência recém-lembrada a ambos os tipos recursais, mas deixou-se de ressaltar uma importante diferença.

Com efeito, é fácil ver-se que o inciso III, do art. 105, da CF, contém uma exigência que não está contida no inc. III, do art. 102, da CF, que é a de que a decisão, além de ter esgotado as instâncias ordinárias, tenha sido proferida pelos “*Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*”.

Dessa realidade deriva uma diferença curiosa entre os recursos que ora se examina: enquanto o recurso extraordinário é cabível de qualquer decisão que não comporte mais recurso ordinário, seja oriunda de que instância for, o recurso especial só se viabiliza contra decisões de tribunais.

Isto é o que resulta do texto expresso da Constituição, onde o art. 102, III, reclama apenas decisão de única ou última instância e o art. 105, III, requer ainda que seja oriunda de tribunais regionais.

O curioso disso é que o recurso extraordinário, que é o mais importante do sistema, ocupado em assegurar o respeito à Constituição e julgado pelo STF, que é o tribunal da cúpula do sistema judiciário brasileiro, tem cabimento de qualquer decisão – desde que não mais sujeita a recurso ordinário –, enquanto o recurso especial, que se ocupa de preservar o respeito à lei federal infraconstitucional, julgado pelo STJ, que está abaixo do STF na hierarquia da estrutura judiciária brasileira, só seja viável de decisões oriundas de tribunal.

Isto significa que é incabível recurso especial contra decisões monocráticas, enquanto que delas é cabível o recurso extraordinário, pelo menos potencialmente. Assim, por exemplo, a decisão do juiz de primeiro grau que julga o recurso de embargos infringentes ou de alçada, previsto no art. do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais (lei 6.830/80), fica sujeita

a recurso extraordinário, porque dela não cabe mais nenhum recurso de caráter ordinário, mas não comporta recurso especial, porque não preenche a exigência que é exclusiva deste, de que se trate de decisão oriunda de tribunal.

Mas o mais curioso resultado dessa idiosincrasia se constata quando se cuida de cogitar da impugnação das decisões oriundas das turmas recursais dos juizados especiais. É que estes órgãos, ainda que representem a segunda instância da estrutura dos juizados especiais, são órgãos jurisdicionais de primeiro grau, não se caracterizando como tribunais.

Assim, a decisão que deles emana comporta recurso extraordinário e não comporta recurso especial, conforme expressamente o proclama o verbete da Súmula 203, do STJ (“*Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais*”) e o confirma o verbete da Súmula 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*”).

Por decorrência dessa interpretação, se pode dizer que as turmas recursais são mais poderosas do que os tribunais regionais, porque elas podem, em suas decisões, contrariar a lei federal, sem que haja remédio. Já os tribunais regionais, se o fizerem, terão sua decisão corrigida pelo STJ, em sede de recurso especial.

Em suma, por força dessa estranha diferença nas regras constitucionais que disciplinam os recursos ora tratados, resulta que o recurso especial reclama um pressuposto a mais, traduzido pela exigência de que a decisão seja oriunda de tribunal, o que não é reclamado para o extraordinário.

3.3.3 *Prova da divergência e cotejo no recurso especial fundado na alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF*

Cuidando-se de analisar os pressupostos de admissibilidade específicos que não são comungados pelos dois tipos recursais excepcionais, merece registro a exigência peculiar de regularidade formal que se erige apenas em relação ao recurso especial e tão somente quando este vem estribado no permissivo contido na alínea “c”, do inc. III, do art. 105, da CF.

É que nesta específica hipótese de cabimento, além das exigências que derivam da regularidade formal padrão a todos os recursos – que compreendem a identificação das partes, a forma escrita, a fundamentação recursal e a formulação de pedido recursal –, impõe-se ao recorrente que faça a prova da divergência jurisprudencial e que efetue o cotejo entre os acórdãos divergentes, a fim de evidenciar a

existência do dissídio sustentado. Tais exigências formais adicionais são impostas pela regra estampada no parágrafo único, do art. 541, CPC.

Primeira exigência que daí deriva é a que impõe ao recorrente o ônus de fazer a comprovação da divergência, “*mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação de repositório autorizado de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte*”.

Ou seja, não é de qualquer fonte que se permite colher o acórdão que se sustenta dissidente, limitando-se a prova de sua existência apenas aos repositórios indicados pela norma.

De outro lado, a segunda exigência que daí deriva é a que impõe ao recorrente o ônus de fazer o cotejo entre o acórdão recorrido e o acórdão dissidente. O cotejo pressupõe a confrontação analítica, passo a passo, dos aspectos que identificam a matéria versada nos dois acórdãos (recorrido e paradigma) e com a demonstração clara do dissídio entre um e outro.

O propósito dessa exigência é que reste claramente demonstrada a identidade entre os temas de direito federal versados no acórdão recorrido e no acórdão apontado como dissidente e que a divergência de conclusões entre ambos fique evidente, pois não cabe ao STJ a tarefa de identificar a dissidência, mas tão somente a de resolvê-la. Observe-se que a simples transcrição das ementas de um acórdão e de outro não necessariamente atende a esse pressuposto formal. Para além disso é necessário que se alinhem todos os pontos que assemelham as hipóteses a se confrontem os dispositivos, de modo a evidenciar o contraste entre as conclusões.

Desatendida essa exigência, o recurso não será conhecido, por irregularidade formal, eis que não cabe ao STJ certificar a autenticidade do acórdão dissidente e tampouco identificar a existência do dissídio.

4 PROCESSAMENTO

4.1 Aspectos gerais

Os recursos de feição excepcional têm a mesma dinâmica de processamento, pois ambos obedecem ao mesmo prazo de interposição, que é de 15 dias e ambos são interpostos perante a instância de onde emana a decisão recorrida.

Tirante as estreitas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário de decisões que não sejam oriundas de tribunais as quais, como visto, não se estendem ao recurso especial, que só é viável de decisões de tribunais, os recursos são dirigidos ao

presidente do Tribunal Regional (ou à autoridade diversa destes mediante delegação regimental) e são encartados aos autos do processo, iniciando-se seu processamento perante a instância regional⁵².

Não sendo o caso de inadmissão liminar, é o presidente do tribunal quem determina a intimação da(s) parte(s) recorrida(s), para eventual oferta de contrarrazões, a serem exercidas em iguais 15 dias. Tais recursos são, como é curial, sujeitos ao contraditório.

Após a fluência do prazo para resposta, com ou sem as contrarrazões, os autos voltam ao presidente, para que seja exercido o juízo de admissibilidade recursal, pois os recursos excepcionais têm a chamada admissibilidade “desdobrada” (seu exercício se implementa no juízo *a quo* e no juízo *ad quem*).

É neste passo que a autoridade regional vai aferir se foram preenchidos os pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade e dessa análise pode derivar uma decisão de admissão ou de inadmissão.

Admitido o recurso na origem, em decisão que não comporta recurso, os autos são remetidos ao tribunal superior competente. Como tais recursos podem ser simultaneamente interpostos, porque a decisão recorrida pode, ao mesmo tempo, ter violado a Constituição e à lei federal, neste caso a ordem é primeiro de remessa ao STJ, para julgamento do especial. Depois da apreciação deste último é que então dali seguirá ao STF, se ainda restar objeto⁵³.

Se ao contrario de admitir o recurso excepcional, o órgão regional nega seguimento ao mesmo, tal decisão desafiará o agravo de instrumento disciplinado no art. 544, CPC, a ser exercido no prazo de 10 dias.

Assim, a competência do juízo regional se limita apenas à admissão recursal, não havendo ensejo, em regra, para exercício de juízo de retratação em âmbito regional⁵⁴. Já o juízo de mérito de tais recursos é cometido ao STF, para apreciação do recurso extraordinário e ao STJ, para apreciação do recurso especial. Naturalmente que no âmbito dos tribunais superiores o juízo de admissibilidade feito na origem é revisado, podendo haver decisão de inadmissão.

Chegados os autos ao tribunal superior, distribui-se o recurso à turma competente e nomeia-se relator, que processará o recurso, nos termos regimentais, até seu julgamento final.

De registrar-se que os recursos de feição excepcional comportam forma adesiva de interposição, nos termos expressamente facultados pela regra do inc. II, do art. 500, do CPC.

4.2 Forma retida

Visto que os recursos de feição excepcional são viáveis contra acórdãos em agravo de instrumento,

nos termos da Súmula 89/STJ, passou-se a prever seu processamento na forma retida, conforme disposição constante no § 3º, do art. 542, CPC, introduzido pela lei 9.756/98:

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

Ressalve-se apenas a restrição imposta pela Súmula 735/STF, que nega viabilidade a extraordinário contra decisões liminares, cautelares ou antecipatórias, a pretexto de que em tais casos não se preenche o pressuposto de que se trate de “causa decidida”, tema já tratado de modo crítico em ponto anterior, onde inclusive se ressaltou a expressa tendência de adesão pelo STJ, ainda que não em súmula.

Feita a ressalva, é de ver que se adotou para os recursos excepcionais técnica similar à que classicamente é adotada para o agravo na forma retida. O regime de retenção que se imprime a alguns recursos tem como fundamento central a ideia de que a postergação do seu processamento e julgamento pode conduzir a que, com o passar do tempo, percam o objeto, tornando desnecessário que se desenrole um incidente recursal no meio do processo. Quando este esvaziamento não ocorre, o regime de retenção dos recursos aspira à aparente virtude de concentrar para o momento final do processo o exame de todas as questões relevantes. Em tese se ganha em rapidez e em economia, mas na prática nem sempre isso se implementa.

Primeiro aspecto que merece atenção no que tange a este tema, diz com a necessidade de que se veja que ao lado das corriqueiras interlocutórias de primeiro grau de jurisdição existem decisões interlocutórias de segundo grau de jurisdição.

As interlocutórias em primeiro grau desafiam o recurso de agravo, que em regra deve adotar a forma retida (art. 522, primeira parte, CPC). Nada obstante isso, a segunda parte do art. 522 do CPC prevê que se possa esgrimir agravo de instrumento contra as interlocutórias em primeiro grau de jurisdição. Em tais casos, o recurso é de subida imediata, eis que inclusive é interposto diretamente perante o tribunal regional competente. Ao julgar o agravo de instrumento, o tribunal regional acabará por proferir uma nova decisão interlocutória (exceto quando o agravo é provido para extinguir o processo ou para exaurir a tutela jurisdicional de conhecimento, quando

assumirá contornos de decisão final e não meramente interlocutória)⁵⁵.

Quando a decisão de segundo grau ostenta caráter interlocutório, portanto, e desde que ela não desafie nenhum outro recurso ordinário (pode desafiar embargos infringentes, dependendo do contexto), ela passa a ser impugnável mediante recurso excepcional, desde, é claro, que preencha todos os requisitos de admissibilidade.

Diante de tais situações, a lei impõe como regra a forma retida, devendo o recurso extraordinário e/ou especial ser interposto no prazo legal e uma vez interposto entra em imediato regime de retenção, pois seu processamento fica sobrestado até que no futuro ocorra a sua reiteração.

Seu endereçamento e seus requisitos de admissibilidade em nada mudam em virtude do regime de retenção, pois se avia o recurso em moldes idênticos ao que se adota diante das hipóteses de subida imediata. Apenas que por força do regime de retenção, o presidente irá receber o recurso, encartá-lo nos autos e sobrestar o processamento, abstendo-se de ordenar o contraditório e de exercitar juízo de admissibilidade.

Como o acórdão atacado por recurso excepcional retido encerra uma interlocutória, o processo segue seu curso normal, até o advento de sentença. Da sentença, caberá apelação pela parte perdedora e julgada a apelação, se não for o caso de caberem embargos infringentes, abre-se a via excepcional para impugnação da decisão final. É neste momento, no prazo que a parte dispõe para o exercício do recurso contra decisão final (15 dias), que deverá haver expressa reiteração pela parte que interpusera o recurso excepcional retido, pedindo que seja “destravado” o seu processamento.

Normalmente essa expressa reiteração que incumbe ao recorrente e somente a ele, vem exercida no bojo da peça recursal que efetivamente veicula o recurso contra decisão final ou nas contrarrazões a este⁵⁶, mas a reiteração do recurso retido não está condicionada ao efetivo exercício do recurso contra decisão final. Imagine-se, por exemplo, que só na decisão interlocutória (via de regra, acórdão de agravo de instrumento) é que se tocou em questão de direito federal e por isso é que dela se aviou o recurso excepcional retido e que na decisão que julgou a apelação nenhuma matéria de direito federal foi ensejada. Neste exemplo, não haverá viabilidade para que se interponha recurso excepcional contra o acórdão de apelação, mas assistirá interesse em reiterar o recurso excepcional retido, que fora manejado contra decisão interlocutória. Assim, bastará ao sujeito que manejou o recurso retido que, em simples petição, endereçada ao presidente do tribunal,

requiera a reiteração do mesmo, sem necessidade de que efetivamente recorra da decisão final⁵⁷.

Em síntese, ou a reiteração se dá em preliminar dentro das razões do recurso contra a decisão final, ou em preliminar nas contrarrazões contra este ou mediante simples petição, específica para este fim, no prazo para o recurso contra a decisão final ou no prazo para as contrarrazões ao recurso contra decisão final.

Feita a reiteração, o presidente do tribunal irá dar processamento ao recurso, ensejando contraditório e depois efetuando exame de admissibilidade, procedendo a partir daí como se fora um recurso de subida imediata. Afora essas diferenças, de resto o recurso excepcional retido em tudo obedece aos pressupostos de admissibilidade do recurso de subida imediata⁵⁸.

Assim, em se tratando de acórdãos em qualquer recurso (agravo de instrumento, agravo retido e mesmo apelação, embora os primeiros sejam os mais propícios) que não importem em extinção do processo ou em resolução exauriente de todo o mérito da causa, o recurso excepcional deverá adotar a forma retida.

Note-se que o dispositivo legal do § 3º, do art. 542, do CPC, exclui a forma retida quando se tratar das interlocutórias no processo de execução ou na novel “fase” de cumprimento da sentença, restringindo a regra apenas àquelas que se verificam nos processos de conhecimento, cautelar e em embargos à execução.

Isto se explica pela singela razão de que na tutela jurisdicional executiva as questões relevantes são tratadas nas interlocutórias, sendo que ao final não haverá uma sentença de mérito apelável e nem tampouco um acórdão de decisão final impugnável por recurso excepcional.

Por exemplo, na tutela executiva a decisão que delibera sobre a penhorabilidade ou não de um bem em primeiro grau, desafia agravo na forma de instrumento (aliás, a forma retida do agravo é incompatível com a tutela executiva, pelas mesmas razões) e o acórdão que julga esse agravo de instrumento desafiará recurso excepcional de subida imediata e não retido.

É que na tutela executiva se cuida de atos materiais de satisfação de um direito previamente reconhecido em título executivo, judicial ou extrajudicial e, portanto, quando o processo termina a satisfação já se implementou e basta apenas arquivar os autos (a decisão extintiva do processo, que para alguns nem caracteriza sentença, é vazia de conteúdo e inapta a ser impugnada por apelação). Assim, se não há expectativa de apelação e nem de acórdão de apelação, quando seria viável o recurso excepcional contra a decisão final, não haverá momento final para reiteração do recurso excepcional retido contra as interlocutórias no processo que se ocupa da tutela jurisdicional executiva.

Este o motivo da exclusão, devendo-se observar que a regra do § 3º inclui os embargos à execução, sem fazer alusão à impugnação à execução (forma de reação executiva introduzida pela lei 11.232/2005, quando se trate de execução de títulos judiciais). Só não há esta referência, porque quando introduzido o § 3º a execução de título judicial era autônoma e a reação era pela via dos embargos também. Mas agora se deve ler o dispositivo de modo a incluir as interlocutórias tomadas no bojo da impugnação à execução de título judicial, eis que a regra de que os excepcionais deverão observar o regime de retenção a esta hipótese se estende.

Por último, é de ver que embora a lei não cogite expressamente de exceções, há casos em que a forma retida deve ser abandonada, pois não atende aos propósitos recursais. Em analogia com o regime de retenção do agravo, onde a parte final do art. 522, do CPC, prevê expressamente que sempre que a decisão impugnada for suscetível de causar dano grave e de difícil reparação a parte poderá usar a forma de instrumento, parece que se a mesma premissa se verificar com as interlocutórias de segundo grau, a forma retida dos excepcionais deve ser abandonada, viabilizando-se o processamento do recurso com subida imediata⁵⁹.

4.3 Recursos múltiplos ou repetitivos

Ainda em decorrência da histórica e insolúvel “crise do Supremo Tribunal Federal”, que primeiro tentou ser resolvida pela criação do Superior Tribunal de Justiça e que agora se perpetua como crise dos dois tribunais, importante novidade introduzida no sistema recursal é o processamento diferenciado dos chamados recursos excepcionais múltiplos.

A partir da constatação de que o abarrotamento dos tribunais superiores em muito se deve à permissão que até então o sistema dava a que lá desaguassem todos os processos relativos às demandas individuais onde houvesse matéria de direito federal, constitucional ou infraconstitucional, criou-se uma técnica de racionalização dos julgamentos de tais casos. Com isso, os processos que individualmente se desdobram acerca de temas repetitivos, passam a ter um processamento peculiar, destinado a evitar que cada um deles tenha de “subir” aos tribunais federais para individual exame.

A novidade nasceu junto com o diploma que se destinou a implementar a regulamentação do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário e por isso primeiro veio prevista apenas para este tipo recursal.

Com efeito, a lei 11.418, de 20.12.06, introduziu o art. 543-B ao CPC, para reger o processamento de recursos extraordinários múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia.

Nesta regra, criou-se um mecanismo consistente em selecionar em alguns recursos, dentre os múltiplos de uma mesma matéria, para serem remetidos a exame pelo STF. Os demais recursos versando sobre o mesmo tema, não selecionados, ficam sobrestados na origem, aguardando o julgamento dos recursos selecionados.

Em natural passo seguinte, adveio a lei 11.672, de 08.05.08, que introduziu o art. 543-C, ao CPC, para reger o processamento dos recursos especiais múltiplos com fundamento em idêntica controvérsia. A mesma lógica implantada antes para o recurso extraordinário foi estendida para o recurso especial.

Portanto, a partir desta última lei, ambos os recursos excepcionais passaram a se submeter a um processamento diferenciado, em se tratando de recursos múltiplos sobre uma mesma matéria.

O fato de ter havido uma dissociação entre as regras que disciplinam o processamento dos recursos extraordinários múltiplos e dos recursos especiais múltiplos – eis que a lei dos primeiros veio antes da lei dos segundos e no CPC cada qual mereceu artigo específico – não é merecedor de aplauso. Melhor seria se tivesse havido uma regulamentação conjunta e simultânea do processamento dos recursos excepcionais múltiplos, pois isto permitiria, desde o princípio, uma uniformidade de compreensão dos aspectos inerentemente comuns.

Mas o mais criticável foi a falta de senso de oportunidade do legislador, que embaralhou a regulamentação do instituto da repercussão geral com a disciplina dos recursos extraordinários múltiplos. Esta infeliz escolha fez propiciar natural risco de confundirem-se as duas realidades, pois a exigência de transcendência da questão constitucional, que é o cerne da exigência de repercussão geral para o recurso extraordinário, guarda certa ligação com a base dos recursos múltiplos. Em senso lógico, é de ver que as matérias de repercussão geral, por só se configurarem quando a questão transcende ao interesse individual das partes, tendem a ser propícias à hipótese de recursos múltiplos.

Sem embargo dessas aproximações naturais entre a repercussão geral e o regime de recursos múltiplos, agravadas pela insensibilidade do legislador, é de ver que se trata de realidades distintas e não necessariamente conjuntas, embora próximas. Isto porque, é possível que um determinado processo trate de questão que caracterize a repercussão geral e ainda assim não estar disseminada em múltiplos processos⁶⁰.

Embora os recursos extraordinários múltiplos sejam regrados pelo art. 543-B e os recursos especiais múltiplos pelo art. 543-C, pode ser traçada uma linha comum entre as duas regras, de acordo com os seguintes passos básicos:

1. no juízo de origem, havendo multiplicidade de recursos sobre um mesmo tema, há seleção de alguns para remessa ao STF/STJ, ou esta seleção é feita no âmbito dos tribunais superiores, perante os feitos que lá chegam em multiplicidade;
2. os recursos não selecionados, ficam sobrestados/suspensos, aguardando decisão do STF/STJ sobre os recursos remetidos/selecionados (se a remessa já veio de algum Estado, aos demais se comunica a subida, para que sejam sobrestados todos os recursos daquele tema);
3. no âmbito do STF/STJ pode ser admitida a intervenção de terceiros (pessoas, órgãos ou entidades com interesse na matéria), através de procurador legalmente habilitado (*amicus curiae*);
4. julgado o mérito dos recursos selecionados pelo STF/STJ, os recursos sobrestados na origem serão apreciados pelos juízos regionais, sendo que⁶¹:
 - 4.1. os recursos extraordinários sobrestados poderão ser declarados prejudicados, caso a decisão recorrida esteja conforme com a decisão do STF, ou pode haver retratação por parte do juízo regional (§ 3º, art. 543-B); caso não haja retratação o recurso deve ser enviado ao STF (desde que admissível) e este pode cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º, art. 543-B);
 - 4.2. os recursos especiais suspensos terão seguimento denegado se o acórdão regional coincidir com a orientação do STJ ou serão reexaminados pelo Tribunal Regional se o acórdão divergir da orientação do STJ, caso em que pode haver retratação (incs. I e II, do § 7º, do art. 543-C); caso não haja retratação faz-se o exame de admissibilidade do recurso especial e se o remete ao STJ (§ 8º, art. 543-C).

No que tange aos recursos extraordinários, o Regimento Interno do STF dita que a presidência ou o relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, provoca o processamento diferenciado dos recursos múltiplos quando se depara com processo que trate de tema “*suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos*” (art. 328, RISTF), comunicando em seguida aos juízos regionais de todo o país para que sejam sobrestados todos os recursos que tratem da mesma matéria. Os recursos não selecionados e que já estejam no STF são devolvidos aos à instância regional (parágrafo único, do art. 328, RISTF).

O sobrestamento abrange todos os recursos extraordinários sobre o mesmo tema e a partir disso, sequer o juízo de admissibilidade dos recursos sobrestados deve ser exercitado. O sobrestamento abrange também os agravos de instrumento contra decisões denegatórias de recurso extraordinário que trate do tema repetitivo (art. 328-A e § 1º, do RISTF). Julgado o mérito dos recursos extraordinários selecionados, produzem-se as consequências acima descritas e no que tange aos agravos de instrumento sobrestados, se o mérito tiver sido julgado em sentido contrário às decisões do juízo regional, este tende a se retratar. Em não havendo a retratação os agravos devem ser remetidos ao STF, onde será examinada sua admissibilidade e mérito (§ 2º, art. 328-A, RISTF).

No que tange aos recursos especiais, a matéria vem disciplinada na Resolução nº 8, de 07 de agosto de 2008, da presidência do STJ. Ali se prevê que diante da multiplicidade de recursos com fundamentação idêntica caberá ao presidente ou vice-presidente do Tribunal Regional selecionar e admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia (art. 1º, da Resolução 8/08) estendendo-se também aos relatores, no STJ, a prerrogativa de submeterem ao processamento peculiar os recursos já distribuídos (§ 1º, do art. 2º, da Resolução 8/08). Os demais recursos não selecionados ficarão sobrestados, ditando-se que a suspensão seja certificada nos autos (§ 3º, art. 1º, da Resolução 8/08). O sobrestamento também é estendido aos agravos de instrumento contra decisão negativa de seguimento (art. 7º, da Resolução 8/08). A competência para julgamento dos recursos selecionados é da seção que tem atribuição para a matéria discutida nos recursos ou da Corte Especial, sendo que esta última somente quando o recurso envolver questão de competência de mais de uma seção.

Julgados os recursos selecionados e publicado o acórdão respectivo, os recursos que já estejam no STJ, distribuídos ao relator são por ele julgados monocraticamente, nos termos do art. 557, do CPC. Os que já chegaram ao STJ, mas ainda não foram distribuídos, serão julgados pela presidência, nos termos da Resolução nº 3, de 17 de abril de 2008. E os que foram sobrestados na origem obedecem ao antes dito, de acordo com as regras dos §§ 7º e 8º, do art. 543-C, do CPC (art. 5º, da resolução 8/08)⁶².

Em suma, o processamento dos recursos múltiplos ou repetitivos é aplicável aos dois tipos recursais excepcionais, obedecendo a uma lógica comum, mas com regramentos distintos, o que faz com que haja algumas diferenças na entre ambos.

5 EFEITOS

Quanto aos efeitos, os recursos de feição excepcional ostentam, em regra, apenas o devolutivo, eis que o § 2º, do art. 542, do CPC, assim dispõe, acabando por suprimir o efeito suspensivo.

Trata-se de uma opção natural do legislador, pois tais recursos normalmente cuidam de impugnar decisões em feitos que já cumpriram mais de um grau de jurisdição e que tendem, portanto, a ostentar uma maior solidez, decorrente de larga reflexão e firme convicção. Não custa lembrar que os recursos ora examinados não são derivação do duplo grau de jurisdição e, portanto, no seu âmbito os tribunais superiores não representam uma terceira instância. Daí que na pendência desses recursos a decisão impugnada já produz sua eficácia concreta, podendo ser executada provisoriamente se envolver eficácia de tal natureza.

Não há, portanto, nenhuma dificuldade em constatar-se a ausência do efeito suspensivo nestes recursos e tampouco em entender-se o significado prático disso. O que erige certa dificuldade é saber se tais recursos podem eventualmente, no caso concreto, receberem específica atribuição de efeito suspensivo.

A esse respeito o que se observa é evidente ausência de previsão expressa do sistema, que não contém nenhuma regra a contemplar a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais. Nada obstante isso, é pacífico o entendimento de que há possibilidade de que, em alguns casos, se atribua tal efeito, pois é plenamente invocável a aplicação analógica da regra insculpida no art. 558, do CPC. Nesta regra, desenhada para o recurso de agravo de instrumento e estendida para as apelações dos incisos do art. 520, do CPC, se erigem como premissas para atribuição de efeito suspensivo aos recursos que não o tenham, as seguintes: a) que haja pedido de efeito suspensivo pelo recorrente, b) que a decisão recorrida seja suscetível de causar dano grave e de difícil reparação, e c) que haja plausibilidade da fundamentação recursal.

Assentada a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo e elencadas as premissas para tanto, resta saber qual o mecanismo a ser observado para obter-se o efeito, pois na ausência de previsão expressa de atribuição, é natural que também não haja desenho de mecanismo.

Nesse sentido, já se pacificou o entendimento de que a atribuição de efeito suspensivo pode se dar através do ajuizamento de ação cautelar inominada, simultânea ou subsequente à interposição do(s) recurso(s) excepcional(nais)⁶³.

Assim, à parte incumbe interpor o recurso extraordinário e/ou do recurso especial e em ato paralelo, ajuizar ação cautelar onde noticia o recurso, sustenta que a decisão recorrida tem aptidão para causar dano grave e de difícil reparação e evidencia a plausibilidade das razões recursais, a projetar forte probabilidade de que o recurso possa vir a ser provido. Diante disso, arremata-se com pleito de liminar atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto.

Essa medida cautelar assume cunho incidental e a jurisprudência tem lhe atribuído uma natureza muito peculiar, pois entende que ela se exaure na deliberação da liminar, dispensando citação da outra parte e posterior sentença extintiva, não se cogitando sequer de ônus sucumbenciais⁶⁴.

Assentado o caminho, resta saber qual o juízo competente para conhecer da medida cautelar. A regra que orienta a fixação da competência para o processo cautelar é a estampada no art. 800 e parágrafo único, do CPC. Ali se vê que a competência para a ação cautelar, ditada por critério funcional, é dada ao mesmo juízo competente para conhecer do processo principal. E no que ora mais importa, que é aferir a competência após a interposição do recurso, a competência para medida cautelar incidental que se vá exercitar em tal momento é transferida para o tribunal *ad quem*, conforme resulta da expressa dicção do parágrafo único do artigo mencionado.

Por força da aplicação dessa regra é que tradicionalmente se afirmava competência do STF e do STJ para conhecerem de medidas cautelares destinadas a dar efeito suspensivo, respectivamente, aos recursos extraordinários e aos recursos especiais.

Entretanto, essa orientação sofreu significativa alteração com o advento das Súmulas 634 e 635, do STF⁶⁵. O entendimento que nelas vem plasmado “divide” a competência para conhecer da medida cautelar, dizendo que só se transfere ao tribunal superior depois que o recurso já tiver sido admitido na origem, ficando até então sob a responsabilidade da autoridade regional (presidente, vice-presidente ou outra autoridade regimentalmente competente) deliberar sobre o efeito suspensivo. Na prática, como a necessidade de efeito suspensivo é imediata e muito tempo flui até que o juízo de admissibilidade seja exercitado, acaba por ser na maioria esmagadora das vezes a cautelar ajuizada no âmbito regional.

Com essa mudança de entendimento, implementada pelas mencionadas súmulas, não pode mais o presidente do tribunal regional se esquivar de deliberar o efeito suspensivo, sob o pretexto de que a competência estaria transferida para o tribunal superior, como era usual sob a égide da interpretação anterior.

Essa nova realidade faz com que se possa questionar a necessidade de efetivo ajuizamento de uma ação cautelar paralela. Com efeito, a cautelar fazia sentido quando se negava a competência da autoridade regional para deliberar o efeito suspensivo, mas agora que se interdita essa negativa, parece representar uma demasia exigir-se cautelar paralela ao recurso.

Mais racional se afigura invocar-se a sistemática que o código desenha para atribuição de efeito suspensivo às apelações dos incisos do art. 520, do CPC, e adaptá-la aos recursos excepcionais, que têm dinâmica de interposição e processamento similares à apelação.

Veja-se que no recurso de apelação, que é endereçado ao juízo de primeiro grau, o pleito de atribuição de efeito suspensivo, quando este não resulta da lei, é exercitado na própria peça recursal e é deliberado pelo juiz, no ato de recebimento da apelação e ainda antes de se determinar a angularização do recurso, pela oferta de oportunidade de contrarrazões ao apelado. Assim, sem necessidade de medida paralela, a autoridade destinatária do recurso, que é a mesma que tem competência para atribuir-lhe excepcional efeito suspensivo, o delibera, em decisão que irá comportar agravo de instrumento⁶⁶.

Como os recursos excepcionais também são interpostos perante o órgão de onde emana a decisão (juízo regional) e como agora está afirmada a competência deste para deliberar o efeito suspensivo, parece plenamente sustentável que se passe a dispensar o ajuizamento de cautelar paralela e que se formule na própria peça que veicula o recurso excepcional um tópico destinado a sustentar o efeito suspensivo, com pleito respectivo ao final. Além de racional e econômica, esta solução tem amparo analógico com a mecânica adotada para o recurso de apelação, possuindo, portanto, respaldo sistemático.

O único embaraço a esta solução é que a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal regional que delibere o efeito suspensivo, não terá recurso expresso, diferentemente da decisão do juiz de primeiro grau, para a qual há expressa previsão de agravo de instrumento (art. 522, 2ª parte, do CPC). A melhor solução seria ampliar-se a hipótese de cabimento do agravo de instrumento do art. 544, do CPC, para que ele se viabilizasse também contra a decisão que delibera o efeito suspensivo (ao lado do já previsto cabimento contra decisão denegatória do recurso excepcional). Mas em tal caso, ter-se-ia que conceber um agravo de instrumento de interposição direta perante o tribunal superior, pois como o agravo do art. 544, do CPC, ingressa pela origem, nessa forma não seria eficaz para dar a agilidade necessária para a análise do pleito de efeito suspensivo.

Esta solução de cabimento do agravo do art. 544, do CPC, contra a decisão regional que delibera o efeito suspensivo já colheu afirmação na jurisprudência do STJ. Embora tratando de impugnação da decisão proferida em medida cautelar ajuizada perante o tribunal regional (e não na acima sustentada como possível hipótese de pleito de efeito suspensivo no bojo do próprio recurso excepcional), o Min. Teori Albino Zavascki teve a oportunidade de fazer valer a sua própria doutrina, como se vê:

[...] Ora, no exercício das atribuições relacionadas com o juízo de admissibilidade de recursos para as instâncias extraordinárias – previstas nos artigos 542 e 543 do CPC e nas quais se inclui também a de atribuiu ou não efeito suspensivo aos referidos recursos, quando ainda pendentes de admissão (Súmula 635/STF) – o vice-presidente atua como delegado do tribunal ad quem. Nessas circunstâncias, as decisões que profere não estão sujeitas a controle por qualquer dos órgãos do tribunal local.

A propósito, em sede doutrinária, observei: ‘Questão importante é a que diz respeito ao controle, por via recursal, da decisão que, no tribunal de origem, nega ou defere a medida cautelar. Considerando que se trata de decisão sobre matéria que, no tribunal *ad quem*, está sujeita ao princípio da colegialidade, como fazem certo os regimentos internos do STF (art. 21, IV e V, e art. 317) e do STJ (art. 34, V e art. 258), não teria nenhum sentido lógico e muito menos sistemático considerá-la irrecurável quando proferida ainda na origem. Por outro lado, considerando que se trata de decisão integrada ao juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que o presidente ou o vice-presidente do tribunal *a quo* atua como órgão delegado do STF ou do STJ, é certo que tais decisões devem ser submetidas a controle perante o tribunal competente para o julgamento do recurso cujo efeito suspensivo foi concedido ou negado. Descarta-se, com esse entendimento, a viabilidade de agravo regimental ou de qualquer outro medida (v.g., mandado de segurança) para órgão colegiado do tribunal de origem. Não havendo a lei previsto expressamente o recurso apropriado para a decisão do incidente (aliás, o próprio incidente é fruto de construção pretoriana e não da lei, conforme se viu), há que se aplicar aqui, por analogia, a disciplina prevista para as decisões proferidas no juízo de admissibilidade. *Cabível será, portanto, a agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, que será instruído com as peças adequadas ao exame, pelo tribunal, do objeto específico e peculiar do recurso: o cabimento ou não da antecipação da tutela recursal no recurso especial ou extraordinário. É possível que, em situações de*

*excepcional urgência, o recurso de agravo, pela demora em sua tramitação na origem, não tenha a agilidade suficiente para estancar o risco iminente de dano grave ao direito da parte. Em casos tais, evidenciada a relevância jurídica das alegações e o periculum in mora, a única alternativa que se mostra possível é, outra vez, a da medida cautelar, agora dirigida diretamente ao STF ou ao STJ, conforme o caso.’ (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, 4. ed., Saraiva, 2005, p. 150-151).*

À luz desse entendimento, evidencia-se a impropriedade da utilização do mandado de segurança como instrumento para, perante o tribunal *a quo*, reformar ou anular a decisão do seu vice-presidente que, certa ou erradamente, conferiu efeito suspensivo a recurso especial.

Há também precedente confirmando esse mesmo entendimento (reclamação 2.390. Relator para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.06.08). Nessa linha, cabe ao STJ, por meio de agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, exercer o controle jurisdicional de decisão concessiva de efeito suspensivo. Sendo assim, ultrapassado o prazo de dez dias previsto no referido dispositivo, tornou-se preclusa a questão, não sendo cabível, por meio da excepcional medida aqui requerida, reexaminar a decisão da vice-presidência do Tribunal Regional da 4ª Região, proferida no exercício das atribuições relacionadas com o juízo de admissibilidade do recurso especial, que – bem ou mal – concedeu medida cautelar para atribuir efeito suspensivo a recurso especial”⁶⁷. (grifou-se)

Como se vê, à luz desse entendimento estará bem estribada a sustentação do uso do agravo de instrumento do art. 544, do CPC, contra a decisão regional do presidente ou do vice-presidente que delibera o efeito suspensivo. Daí para eliminar-se o uso da cautelar inominada na origem é um passo, pois se o presidente delibera à vista de pedido no corpo do recurso, a parte avia o agravo do art. 544, sem subida imediata e ajuíza, aí sim, uma cautelar inominada perante o STJ ou o STF, para acelerar o efeito suspensivo. Neste caso a competência é imediata do tribunal superior para a medida cautelar, conforme sustenta o julgado acima transcrito. E não poderia ser diferente, pois o agravo do art. 544 não se sujeita a juízo de admissibilidade na origem, o que afasta o entendimento posto nas Súmulas 634 e 635 no que se refere à determinação da competência e tem plena e direta incidência a regra do parágrafo único do art. 800, do CPC.

Essa orientação, refletida no julgado acima transcrito, se pode perfeitamente sustentar como aplicável também ao recurso extraordinário. O único reparo que precisa ser feito, diz com o ponto em que se prega que ao lado do agravo de instrumento do art.

544 contra a decisão do presidente que tiver deliberado o efeito suspensivo, se possibilita uma outra cautelar inominada, agora para o STF, destinada a acelerar a obtenção do efeito (pois o agravo tardará em chegar ao juízo superior e se imporá a medida de aceleração). Como o recurso extraordinário agora tem de preencher o pressuposto da repercussão geral, a jurisprudência da Corte Suprema começa a se inclinar para um viés mais fortemente restritivo do que o normal, que já era rigoroso. No julgamento da questão de ordem em medida cautelar em ação cautelar nº 2177-PE, levado a efeito em 12/11/08, o Tribunal Pleno, sob a relatoria da Min. Ellen Grace, assim decidiu:

[...] 2. Para os recursos anteriores à aplicação do regime da repercussão geral ou para aqueles que tratem de matéria cuja repercussão geral ainda não foi examinada, a jurisdição cautelar deste Supremo Tribunal somente estará firmada com a admissão do recurso extraordinário ou, em caso de juízo negativo de admissibilidade, com provimento do agravo de instrumento, não sendo suficiente a sua simples interposição. Precedentes. 3. Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada. 4. Questão de ordem resolvida com a declaração da incompetência desta Suprema Corte para apreciação da ação cautelar que busca a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário sobrestado na origem, em face do reconhecimento da existência da repercussão geral da questão nele discutida.

Essa orientação, em termos práticos, inviabiliza o caminho ditado pelo julgado antecedente, do STJ, pois somente depois da admissão do recurso extraordinário ou do provimento do agravo do art. 544 é que se franqueará a possibilidade de o STF conhecer de medida cautelar para emprestar-lhe efeito suspensivo. E mesmo que o recurso seja admissível – embora ainda não admitido –, se ele acaba sobrestado pelo regime de recursos múltiplos, a parte fica cerceada na possibilidade de tentar obter a paralisação da eficácia.

O absurdo se visualiza na formulação de um exemplo: imagine-se que a decisão regional tenha decretado a prisão civil do depositário infiel e o recurso extraordinário aviado está sendo processado e levará alguns meses para que receba decisão de eventual admissão (porque é preciso intimar o recorrido para oferta de contrarrazões e depois o processo vai para a “fila” dos pendentes de apreciação de admissibilidade).

Paralelamente, o recorrente ajuíza ação cautelar inominada, dirigida ao presidente do Tribunal Regional, visando obter efeito suspensivo, mas a liminar acaba negada. Evento seguinte, outro recurso sobre o mesmo tema é selecionado no STF e determina-se o sobrestamento do recurso extraordinário na origem. Nesse exemplo, a orientação firmada pelo STF no julgado recém transcrito revela todo o seu potencial de devastação, pois o recorrente aguardará encarcerado até que se processe o recurso selecionado e não terá medida para suspender a eficácia da decisão regional nesse ínterim. O exemplo é só um exercício de possibilidades e como tal pode ser objeto de atenuações, mas revela que, no limite, a sanha restritiva dos tribunais superiores pode deixar o jurisdicionado numa situação desesperadora⁶⁸.

Conclua-se lembrando que o caminho da ação cautelar como meio de atribuição de efeito suspensivo aos recursos de feição excepcional é o desenhado na jurisprudência e cotidianamente utilizado com segurança, de modo que a sustentação de que é possível pleitear tal atribuição no corpo do próprio recurso, embora se tenha notícia de que haja precedentes, precisa ser posta à prova.

REFERÊNCIAS

- ASSUNÇÃO, Helcio Alves de. Recurso Extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil* – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Forense, 2007. p. 259 e segs.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: *Revista de Processo*, n. 59, 2007.
- _____. *Comentários ao CPC*. Forense, 2008.
- BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. Recursos excepcionais – o prequestionamento e a matéria de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos a atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, n. 11. RT, 2007.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Recurso extraordinário e recurso especial: contrastes e confrontos. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil* – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Forense, 2007. p. 357 e segs.
- DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: *Processo e constituição* – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. RT, 2006. p. 982 e segs.
- KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Forense, 2005.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF. *Revista Forense*, v. 295, p. 165.
- NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. RT, 2004.
- PINTO, Nelson Luiz. *Recurso especial para o STJ*. Malheiros.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. RT, 2001.

MARINONI, Guilherme. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil* – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Forense, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações. In: *Processo e constituição* – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. RT, 2006. p. 1050 e segs.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. RT, 2002;

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. RT, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. RT, 1963.

_____. *Direito constitucional positivo*. RT, 2000.

TAVARES, Andre Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jusus Lora. *Reforma do Judiciário* – analisada e comentada. Método, 2005.

NOTAS

¹ Para ficar apenas no rol do art. 469, do CPC, são recursos ordinários a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração e o recurso ordinário (este, uma infeliz falta de criatividade do legislador, que deu à espécie o mesmo nome do gênero).

² Também aqui se pode aduzir crítica à identidade de definição entre gênero e uma das espécies. Embora a identidade de designação entre gênero e espécie aqui tenha razão de ser, porque primeiramente só havia uma espécie de recurso dessa natureza, tendo surgido a outra espécie depois, por derivação da primeira, se prefere a referência ao gênero como “recursos excepcionais” ou “recursos de feição excepcional” ou, pelo menos, “recursos de feição extraordinária”. Sem prejuízo dessa nítida preferência o presente trabalho vai intitulado com a designação mais tradicional pela força da tradição e não se deixa de empregar a expressão “recursos(s) extraordinário(s)” como gênero, merecendo ser aferido sempre o contexto em que se dá o emprego.

³ Sobre o histórico mais detalhado, evidenciando a inspiração do recurso extraordinário como haurida do “writ of error” do direito norte-americano, ver José Afonso da Silva (*Do recurso extraordinário*, RT, 1963) e mais recentemente, em modo resumido, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira (*Recurso especial*, RT, 2002, p. 123-146).

⁴ A expressão é de uso corrente e sua origem não é perfeitamente definida. Segundo Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (“A relevância da questão federal e a crise do STF”, *Revista Forense*, v. 295, p. 165) o pioneiro em usar a expressão foi Philadelfo de Azevedo; Helcio Alves de Assunção (“Recurso Extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade”, na obra *Meios de impugnação ao julgado civil* – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, coordenada por Adroaldo Furtado Fabrício, Forense, 2007, p. 259 e segs.) trata do tema e notícia que em 1960, Alfredo Buzaid proferiu aula magna sob o título “A crise do Supremo Tribunal Federal”.

⁵ José Ignácio Botelho de Mesquita (“Recurso extraordinário e recurso especial: contrastes e confrontos”, na obra “Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira”, coordenada por Adroaldo Furtado Fabrício, Forense, 2007, p. 357 e segs.) trata do tema em divertida analogia bíblica: “*Um ato de criação como o descrito na Bíblia: ‘E da costela que tinha tirado de Adão formou o Senhor Deus uma mulher, que Ele lhe apresentou. Então disse Adão: eis aqui agora o osso dos meus ossos e a carne da minha carne’. Nunca mais voltou Adão a ser o mesmo. Nem o Supremo Tribunal Federal. Iniciado o caminho que conduziria à expulsão dos jardins do Éden, teve início a tensão inseparável do ato de fazer, de um, dois, que nunca mais terminou, tornando difícil, sob sua influência, o desenvolvimento da nova criatura*”.

⁶ Apenas a título exemplificativo e para ficar nas mais recentes tentativas de desafogar os tribunais superiores, se podem referir a introdução da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário e o regime de processamento dos recursos extraordinário e especial múltiplos, que serão examinados no desenvolvimento do presente trabalho.

⁷ O princípio do duplo grau de jurisdição não tem regra explícita que o consagre na Constituição Federal, mas sua consagração se lê como premissa das regras que estruturam o Poder Judiciário e que prevêm juízos inferiores e tribunais. O duplo grau é princípio fundante do sistema recursal, mas sua incidência só tem lugar no âmbito dos chamados recursos comuns ou ordinários, pois os excepcionais não retiram dele a sua razão de ser. De registrar-se, ainda, que o duplo grau não tem caráter absoluto no ordenamento brasileiro, pois há decisões irrecorríveis – ou que pelo menos não comportam nenhum recurso ordinário –, e há

decisões cuja impugnação recursal não desloca a competência para órgão jurisdicional diverso daquele de onde emana a decisão recorrida.

⁸ Há tipos caracterizados como recursos de caráter ordinário no sistema brasileiro e que não dão vazão ao duplo grau, como são exemplo o recurso de embargos de declaração e o recurso de embargos infringentes, previsto no art. 34, da lei 6.830/80, que são julgados pelo mesmo órgão prolator da decisão impugnada. Os recursos ditos “internos” que deslocam a competência para órgãos fracionários distintos dentro do âmbito de um mesmo tribunal também não se enquadram perfeitamente na ideia do duplo grau, pois a instância verdadeiramente não muda (de que são exemplo o agravo “interno”, previsto no § 1º, do art. 557, do CPC e os embargos infringentes do art. 530, do CPC, dentre outros).

⁹ O interesse recursal se tem por preenchido apenas em favor de quem experimenta prejuízo, gravame decorrente da decisão, de modo que os recursos não servem como simples instrumento de debate, de afirmação de teses. Ao contrário disso, cumprem um papel de ordem prática, que é o de eliminar ou minimizar o estado de prejuízo que deriva das decisões judiciais. Registre-se, apenas, que na órbita do prejuízo que perfaz o interesse se inscreve a chamada “sucumbência material”, traduzida pelo concreto prejuízo que a decisão acarreta para o sujeito e também a chamada “sucumbência formal”, que pode deferir interesse recursal mesmo ao materialmente vitorioso, pois o defeito que acomete a decisão é de cunho formal e interfere com a eficácia desta (se a sentença julga procedente a demanda do autor, mas concede mais do que o que fora delimitado no pedido, a decisão é “ultra petita” e, portanto, padece de uma invalidade; diante dela, mesmo o autor, materialmente vitorioso, têm interesse recursal, porque formalmente sucumbente).

¹⁰ *Comentários ao CPC*, Forense, 1975, tomo VIII, p. 38. A regra a que se refere o comentário era o então vigente art. 119, II, da Constituição de 1967, com emenda de 1969.

¹¹ No sentido de realçar essa função transcendente do interesse das partes, digno de nota é o raciocínio desenvolvido por Fredie Didier Jr., a propósito do recurso extraordinário. Segundo o autor, há um processo de “objetivação” do recurso extraordinário, na medida em que, dentre outros exemplos, a criação da súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A, da CF) faz com que o julgamento individual de um recurso extraordinário possa gerar uma súmula que vinculará outros julgamentos, em todas as instâncias. Isto, segundo o autor, daria ao controle difuso da constitucionalidade, que se empreende no julgamento do recurso extraordinário, consequências semelhantes às que derivam do controle abstrato. Isto porque, extraída a súmula vinculante em matéria constitucional, em sede de julgamento de recursos extraordinários, a decisão que deveria ser “inter partes” passa a assumir um efeito “erga omnes”, que é próprio do controle abstrato. (“Transformações do recurso extraordinário”, na obra *Processo e Constituição* – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, RT, 2006, p. 982 e segs.)

¹² Muito embora a regra do art. 530, do CPC, sugira uma limitação do cabimento dos embargos infringentes apenas aos acórdãos proferidos em apelação e em ação rescisória, é admissível que pode haver cabimento contra acórdãos de agravo, desde que se trate de decisão sobre matéria de mérito da causa e que tenha havido reforma da decisão de primeiro grau (ausência de dupla conformidade).

¹³ O cabimento de recursos extraordinários contra acórdãos em agravo de instrumento é tão inudvidoso que há expressa previsão legal, ditando que adotarão como regra a forma retida (§ 3º, art. 542, CPC). Nem precisaria o STJ ter editado a Súmula 86 (“*Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento*”), tanto que o STF não tem súmula similar e é indiscutível que também é potencialmente cabível o recurso extraordinário na espécie.

- ¹⁴ Decisão monocrática, na MC 10882.
- ¹⁵ A propósito do tema, digna de nota é a posição crítica defendida por José Miguel Garcia Medina (“Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial – breves considerações”, na obra *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, RT, 2006, p. 1050 e segs).
- ¹⁶ A regra do art. 498, do CPC, que antes previa o eventual cabimento simultâneo dos recursos de embargos infringentes e especial e/ou extraordinário sofreu alteração e o cabimento dos infringentes passou a sobrestar o prazo para os recursos extraordinários e este sobrestamento se projeta em caso de efetiva interposição daquele recurso.
- ¹⁷ Como os embargos são viáveis contra qualquer decisão que seja contraditória, obscura ou omissa (art. 535, do CPC), eles sempre são potencialmente cabíveis. Assim, toda a decisão, uma vez publicada, desafia potenciais embargos de declaração e o recurso modificativo cabível. Se há manejo dos embargos, fica interrompido o prazo do recurso modificativo cabível. Não se vai aqui entrar na discussão sobre se os embargos de declaração são ou não verdadeiro recurso. Até se concorda que não deveriam ser caracterizados como recursos, mas o fato é que, à luz do direito positivo brasileiro, estão no rol do art. 496, do CPC, e, portanto, são aqui tidos como recursos.
- ¹⁸ Usa-se aqui a expressão recurso “prematuro”, mas a doutrina e a jurisprudência têm designado o recurso interposto antes do tempo como recurso “pré-tempestivo”, “atempestivo”, “prepóster” e outras designações mais, tudo a indicar que a intempestividade dos recursos pode derivar tanto da sua interposição tardia, quanto da sua interposição prematura (veja-se, por exemplo, os acórdãos do STF nos EDCL no AGRG. no agravo de instrumento nº 375.124-3, de Minas Gerais, relator Min. Celso de Mello e nos EDCL no AGRREG no agravo de instrumento nº 440.596-3. Relator Min. Cezar Peluso, que tratam do tema da intempestividade por recurso prematuro).
- ¹⁹ Respeitável doutrina propõe que esse imbricamento entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito nos recursos excepcionais se resolva do seguinte modo: o juízo regional só deve aferir se houve sustentação convincente da contrariedade à Constituição ou à lei federal, se contentando com uma análise de cunho formal e não podendo negar a existência da contrariedade sustentada, pois esta tarefa traduz juízo de mérito e quem tem de desempenhá-la são os tribunais superiores. Nesse sentido é a lição de Barbosa Moreira: “*Para que o recorrente tenha razão, e por conseguinte o recurso mereça provimento (juízo de mérito), já se assinalou, é preciso que exista realmente a contrariedade, para que o órgão ad quem possa legitimamente averiguar essa existência, e portanto o recurso mereça conhecimento (juízo de admissibilidade), é suficiente que a contrariedade seja alegada. Todo o recurso especial em que o recorrente alegue que o acórdão recorrido contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível...*” (“Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial”, na *Revista de Processo*, n. 59, p. 07). Na mesma linha é o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso (*Recurso extraordinário e recurso especial*, RT, 2001, p. 161 e segs.), dentre outros. Sem embargo de tão respeitáveis opiniões, com as quais se expressa concordância, trata-se de tese que não logra eco na jurisprudência.
- ²⁰ Daí a expressão utilizada por Barbosa Moreira para definir as hipóteses desta alínea “b”, do art. 102, III, da CF e das demais alíneas, “c” e “d”, do mesmo dispositivo e das alíneas “b” e “c”, do inc. III, do art. 105, da CF, como “axiologicamente neutras” em contraste com as alíneas “a” dos dois dispositivos que não ostentam essa neutralidade, por reclamarem a emissão de um juízo de valor (“Comentários ao CPC”, Forense, p. 587 e segs.).
- ²¹ “A repercussão geral no recurso extraordinário”, na obra “Reforma do Judiciário – Analisada e Comentada”, Método, 2005, coordenada por André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jusus Lora Alarcón.
- ²² Equívoco que já vinha denunciado na doutrina, quando essa previsão estava na alínea “b”, do inc. III, do art. 105, da CF, adstrita à competência do STJ, no recurso especial, como se vê na seguinte lição de José Afonso da Silva: “*A questão suscitada no art. 105, III, b não se limita a proteger a incolumidade da lei federal. Também o é, talvez principalmente o seja. Contudo, na base dela está uma questão constitucional, já que se tem de decidir a respeito da competência constitucional para legislar sobre a matéria da lei ou ato do governo local [...]. Significa isso que a questão é suscetível de apreciação pelo STF, mediante recurso extraordinário*”. (“Direito constitucional positivo”, RT, 2000, p. 562). Ou seja, antes da correção empreendida pela Emenda 45, a decisão regional que incidisse na hipótese desafiava recurso especial, fundado na alínea “b”, do inc. III, do art. 105 e recurso extraordinário, pela alínea “a”, do inc. III, do art. 102. Agora, só o extraordinário é cabível, pela alínea “d” ou pela alínea “a”, do inc. III, do art. 102, todos da CF.
- ²³ Diz o art. 5º da CF, § 3º, “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.
- ²⁴ A propósito da natureza constitucional dos tratados sobre direitos humanos, nos termos da regra mencionada, reiterados julgamentos do STF reconhecem que a prisão civil decorrente da infidelidade do depósito, não tem mais acolhida no ordenamento constitucional brasileiro, porque o Brasil subscreveu o Pacto de San Jose da Costa Rica, que trata de direitos humanos e onde se prevê como única forma de prisão civil admissível a decorrente da inadimplência alimentar. A tal ponto que se revogou a Súmula 619/STF, que respaldava a prisão civil do depositário. Assim, decisão que imponha prisão civil por infidelidade do depósito viola norma constitucional inserida no tratado alçado a esta categoria pela regra do § 3º, do art. 5º, da CF.
- ²⁵ Embora a Constituição use as expressões “contrariar” ou “negar vigência” e haja uma distinção conceitual entre essas duas locuções, predomina o entendimento de que bastaria aludir à contrariedade, que tem caráter amplo, capaz de abranger a negativa de vigência. Negar vigência seria deixar de fazer incidir a norma federal onde ela deveria ter incidido, enquanto que contrariar seria aplicar a norma inadequadamente, afrontando o seu sentido. A propósito dessa distinção, veja-se Rodolfo de Camargo Mancuso (*Recurso extraordinário e recurso especial*, RT, 2001, p. 181-185).
- ²⁶ Em sentido restritivo, excerto do voto do Min. Massami Uyeda, no AgRg no REsp nº 1.151.400/MG: “*Nestes termos, não enseja a abertura desta Instância especial alegada ofensa a Circulares e Resoluções, bem como a súmulas, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal*”. Sobre as súmulas não terem natureza de lei federal, o seguinte julgado: “*A indicação de ofensa à súmula não enseja a abertura do Recurso Especial, por não se enquadrar no conceito de lei previsto no art. 105, III, ‘a’, da CF/1988*.” (AgRg no REsp 782818/ES, Ministro Sidnei Beneti, DJe 30/11/2009).
- Decisões do STJ, sob relatoria do Min. Humberto Martins, no AgRg no Ag 1214882/RS, negando admissão a recursos especial por ofensa à resolução na ANEEL e no AgRg no REsp 908292, negando que resolução normativa de Conselho Nacional seja lei federal.
- Decisão sob a relatoria do Min. Luiz Fux, no julgamento do AgRg no REsp 1040345/RS, com indicação de vários outros precedentes a revelar a clara tendência restritiva do STJ: “*O decreto regulamentador não se caracteriza como lei federal, na dicção do art. 105, III, ‘a’, da CF/88, apta a desafiar o recurso especial. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no REsp 966.718/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 17.12.2008; REsp 873.037/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 03.11.2008; REsp 873.655/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19.08.2008, DJe 15.09.2008; REsp 778.338/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 12.03.2007; REsp 861.045/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 26.09.2006, DJ 19.10.2006; REsp 803.290/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 17.08.2006; e REsp 529.644/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.08.2005, DJ 29.08.2005*”. Negando que instrução normativa seja lei federal, relatora Min. Laurita Vaz, REsp 795174/DF.
- Ainda, relator o Min. Mauro Campbell Marques, no AgRg no REsp 658339/RS: “*Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.02.05), instruções normativas (Resp 352.963, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 03.08.92)*”.
- ²⁷ Sobre o tema, recomenda-se, para um primeira abordagem de aprofundamento, a clássica monografia de Rodolfo de Camargo Mancuso (*Recurso extraordinário e recurso especial*, RT, 2001) e para uma abordagem mais profunda, a obra de Danilo Knijnik (“O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça”, Forense, 2005). Muito recomendável, ainda, o texto de Luiz Guilherme Marinoni (“Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário”, na obra *Meios de impugnação ao julgado civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Forense, 2007, p. 441-464).
- ²⁸ “Art. 401, CPC: A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”.

- ²⁹ Fique bem claro que à parte só cabe pleitear, insistir, às vezes até mesmo suplicar para que o órgão jurisdicional prequestione os temas suscitados, mas quem prequestiona ou não é o órgão jurisdicional. De sorte que o prequestionamento é ônus da parte, mas é ato do órgão jurisdicional. Não parece, portanto, correta a proposição feita por José Miguel Garcia Medina (“O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial”, RT, 2002, p. 246 e segs.) Também se discorda da posição do mesmo autor, que vê o prequestionamento como ato da parte e não do órgão jurisdicional.
- ³⁰ Essa previsão da Súmula 356, do STJ, na prática fez alargar as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, pois este remédio passou a ser importante mecanismo de uso cotidiano para o propósito de obter o preenchimento do requisito do prequestionamento. Na verdade, seu cabimento nesse caso preenche a hipótese de “omissão”, já prevista na regra do art. 535, do CPC, mas o prequestionamento acaba sendo uma omissão peculiar, ao ponto de que se possa ver o dito alargamento.
- ³¹ Tem-se notícia de que na órbita do processo penal se tolera o prequestionamento ficto, mas não se encontra a mesma complacência no campo do processo civil. Se admitido fosse o prequestionamento dito ficto, o ato deixaria de ser exclusivo da jurisdição e se poderia falar em prequestionamento empreendido pela parte. E neste caso seria possível aceitar certas posições doutrinárias que reputam ser o prequestionamento ato da parte e não do órgão jurisdicional.
- ³² Importante ressaltar que se a parte embarga de declaração para obter o prequestionamento e o tribunal persiste na omissão, se negando a enfrentar os temas de direito federal, há reiteração da omissão e, portanto, seriam cabíveis novos embargos. Ocorre que o risco de haver penalização por suposto manejo de embargos protelatórios desrecomenda a quixotesca insistência. Daí ser melhor adotar a postura sugerida, de ir direto ao recurso especial por violação ao art. 535, do CPC. Isto, nada obstante o teor da lúcida Súmula 98, do STJ, que diz que “*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório*”.
- ³³ Basta verem-se os acórdãos do STJ que deram origem à mencionada súmula 211, onde se proclama essa solução.
- ³⁴ Quer parecer que essa flexibilização no trato desse pressuposto especial de admissibilidade dos recursos extraordinários deveria ser mais francamente admitida, porque soam invocáveis as regras estampadas nos §§ 3º e 4º, do art. 515, do CPC. Tais regras, nada obstante erigidas a propósito do recurso de apelação, assumem caráter verdadeiramente principiológico, pois fazem pleno sentido em qualquer recurso onde sua hipótese se apresente. Nelas se consagra a ideia clara de que a cassação deve ser a última alternativa do órgão julgador do recurso, porque ela representa grave desperdício de tempo e inutilização de atos. Assim, parece que essas normas dão suporte a uma solução menos rigorosa no que tange ao prequestionamento, permitindo que os tribunais superiores abrandem os rigores demasiados que normalmente aplicam, tudo em nome de uma maior efetividade da jurisdição. Registre-se, entretanto, que a sugestão ora feita não encontra nenhum eco explícito na jurisprudência dos tribunais superiores, que seguem declaradamente rigorosos no que tange ao prequestionamento.
- ³⁵ Exemplificativamente, o seguinte julgado do STJ: “Ocorrendo omissão de questão fundamental ao deslinde da controvérsia, deve a parte, em seu especial, veicular violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao invés de insistir no mérito. Omissis. Recurso especial a que se nega conhecimento”. (REsp 594.570/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 17.5.2004).
- ³⁶ Essa nomenclatura distintiva do prequestionamento entre implícito e explícito é adotada por grande parte da doutrina e utilizada cotidianamente pelos tribunais, mas não é imune a críticas, como o faz José Miguel Garcia Medina (“O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial”, RT, 2002, p. 321 e segs.)
- ³⁷ É preciso ter cuidado com a expressão, pois chamado numérico ou explícito o prequestionamento, há uma tendência de que não baste simples referência aos dispositivos legais suscitados, senão que se exige que, ao lado disso, a matéria seja efetivamente enfrentada. É o que se vê, por exemplo, no seguinte julgado: “*Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, ocorrendo emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais e não apenas simples menção aos mesmos, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto*” (STJ, Agr. Aga 299599-SP, Min. Eliana Calmon). Ou seja, mesmo quando houver a expressa menção aos dispositivos, pode acabar sendo reputado ausente o prequestionamento.
- ³⁸ Há quem proponha um critério diferente para discernir prequestionamento explícito e implícito, dizendo que este ocorre quando a matéria foi provocada para discussão perante o órgão julgador, mas não foi mencionada no acórdão, que a estaria rejeitando implicitamente, enquanto que seria explícito quando a decisão, mencionando ou não os dispositivos, tocasse no tema. A notícia desses posicionamentos é dada por José Miguel Garcia Medina (“O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial”, RT, 2002, p. 320) que menciona os autores que se valem desse critério.
- ³⁹ A título ilustrativo, se poderia dizer que houve prequestionamento explícito quando a decisão recorrida disse que não incide na espécie o art. 401, CPC, e que houve prequestionamento implícito quando a decisão regional disse que não era necessário início de prova por escrito, sendo bastante a prova exclusivamente testemunhal (lembrando-se que o art. 401 diz que nos contratos de valor superior a determinado valor não é admissível prova exclusivamente testemunhal).
- ⁴⁰ Embora majoritário o entendimento de que não se impõe o prequestionamento explícito, ainda persistem entendimentos dissidentes, como os seguintes: “É inviável recurso especial sem o prequestionamento explícito dos dispositivos legais tidos por vulnerados (súm. 282 e súm. 356/STF)” (STJ, AgRgAgIn 145156-SP, Min. Cid Flaquer Sacrezzini); “1. [...] 2. A natureza vinculada do recurso especial não admite que, em seu âmbito, seja discutida matéria não abordada. 3. O prequestionamento implícito, em regra, não é acatado para se emprestar caminhada a recurso especial” (STJ, AgRgAgIn 133265-RJ, Min. José Delgado). Essas vacilações deixam a parte em uma situação difícil, pois não pode correr o risco de não obter o prequestionamento explícito. Os tribunais não raro criticam a parte que embarga para pleitear prequestionamento explícito, firmes na suposição de que é o mesmo desnecessário, mas se esquecem que há entendimentos como os recém-reproduzidos, que recomendam extrema cautela à parte.
- ⁴¹ Segundo a clássica doutrina de Barbosa Moreira, trata-se aí de aspecto do efeito devolutivo, atinente à sua profundidade (*Contarários ao CPC*, Forense, 2008, p. 445 e segs.), enquanto que para vários outros autores, como é o caso de Nelson Nery Jr, trata-se de um efeito destacado do devolutivo, ao qual denomina translativo, ou de transferência (*Teoria geral dos recursos*, RT, 2004, p. 482 e segs.).
- ⁴² No sentido da impossibilidade do conhecimento de questões de ordem pública não prequestionadas, é a opinião de José Miguel Garcia Medina (*O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, RT, p. 340 e segs.). Em sentido diverso, Vito Antonio Boccuzzi Neto (“Recursos excepcionais – O prequestionamento e a matéria de ordem pública”, na obra *Aspectos polêmicos a atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*, nº 11, RT, 2007, coord. por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 439-448).
- ⁴³ E a sustentação de que é possível aos tribunais superiores enfrentarem as questões imperativas na via excepcional, a despeito da ausência de prequestionamento sobre elas, encontra eco nas respeitáveis lições de Nelson Luiz Pinto (“Recurso Especial para o STJ”, Malheiros, p. 182) e Rodolfo de Camargo Mancuso (*Recurso extraordinário e recurso especial*, RT, 2001).
- ⁴⁴ Lembre-se aqui o que foi dito antes, no ponto próprio, sobre ser majoritária a jurisprudência que não considera violação à súmula como hipótese de cabimento de recurso excepcional (as hipóteses ilustradas antes, diziam com não serem as súmulas equiparáveis à lei federal, para fins de cabimento do recurso especial, mas o mesmo raciocínio vale para o recurso extraordinário, pois súmula não é norma da Constituição).
- ⁴⁵ Não bastasse a regra legal mencionada, o “site” do STF contém, no tópico sobre a repercussão geral, sob o título “Natureza e competência para o exame”, as seguintes observações: “*A existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada é pressuposto de admissibilidade de todos os recursos extraordinários, inclusive em matéria penal. Exige-se preliminar formal de repercussão geral, sob pena de não ser admitido o recurso extraordinário. A verificação da existência da preliminar formal é de competência concorrente do Tribunal, Turma Recursal ou Turma de Uniformização de origem e do STF. A análise sobre a existência ou não da repercussão geral, inclusive o reconhecimento de presunção legal de repercussão geral, é de competência exclusiva do STF*”.
- ⁴⁶ Esta ordem se infere por imperativo lógico e também por analogia à regra contida no art. 323 do RISTF, que assim dispõe: “*Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral*”.
- ⁴⁷ Parece claro, no que se refere à repercussão geral, que a competência regional se restringe à preliminar formal, mas não é insustentável que possa receber tolerância ampliada, para permitir a negativa de seguimento quando, a despeito da existência de preliminar formal, a matéria que é objeto do recurso já tiver sido examinada no STF e reputada como não sendo caracterizadora de repercussão.

- ⁴⁸ Como visto, são necessários 8 votos, dois terços do tribunal, para negar-se a repercussão e sendo o tribunal composto por 11 membros e tendo 4 afirmado a repercussão só sobram 7 votos para recusá-la, número que seria insuficiente.
- ⁴⁹ O mencionado art. 326, RISTF afirma que “*toda decisão de inexistência da repercussão geral é irrecorrível*”, mas é preciso ter cautela ao interpretar essa regra, pois ela sugere algo que não é verdadeiro. Com efeito, há decisões que negam a repercussão geral mesmo no âmbito do STF e que comportam o recurso de agravo, como ocorre com as decisões monocráticas do presidente ou do relator, no exercício dos poderes estampados no art. 327, RISTF e conforme expressa previsão do § 2º, deste último. Assim, quer parecer que somente a decisão do Plenário do STF é que ostenta essa irrecorribilidade, pois se o quórum para negar a repercussão geral é de oito votos e não pode ser alcançado no âmbito da Turma (onde no máximo se colhem 5 votos contrários), então é imperativa a submissão do tema ao Plenário, para negar-se a repercussão e só esta decisão é que será irrecorrível. Questão interessante que se põe, a este propósito, é saber se a Turma ostenta poderes para negar a repercussão geral sem submissão ao Plenário, quando se trate de ausência de preliminar formal ou quando se trate de matéria a cujo respeito o Plenário já disse não haver a repercussão. Parece claro que esta possibilidade existe, pois ela é expressamente outorgada ao presidente e, sucessivamente, ao relator, nos termos do já aludido art. 527, RISTF. No entanto, parece que essa decisão não será irrecorrível, por que também não é a monocraticamente exercida pelo presidente ou relator. Muito embora as normas regimentais não tenham explícita clareza acerca desse ponto, quer parecer que somente se aplica a irrecorribilidade proclamada no art. 526, RISTF, às decisões do Plenário.
- ⁵⁰ É preciso ter atenção neste ponto, pois a regra do § 5º, do art. 543-A, CPC manda que os recursos pendentes, que tratem de matéria idêntica àquela acerca da qual tenha sido negada a repercussão geral, sejam “*indeferidos liminarmente*”. Isto significa que o presidente do STF ou o relator de tais recursos, perante o STF, devam fazê-lo, caso a caso, no exercício da prerrogativa que lhes assegura o art. 327, RISTF. Não há confundir-se essa hipótese, entretanto, com aquela que cuida dos recursos extraordinários múltiplos, que é regulada no art. 543-B, do CPC, em que há uma seleção dos recursos a serem concretamente julgados pelo STF e um sobrestamento de todos os que versem sobre matéria idêntica e onde, segundo regra expressa no § 2º deste último artigo “*Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos*” (grifou-se). Há uma importante diferença, portanto, entre as regras do § 5º, do art. 543-A, CPC e a regra do § 2º, do art. 543-B, CPC. A primeira diz que a decisão que nega repercussão geral em processo não submetido ao sistema de processamento dos recursos múltiplos, influencia os processos análogos, que deverão ser individualmente inadmitidos liminarmente. A segunda, aplicável apenas aos recursos submetidos ao processamento especial que deriva do formal enquadramento como múltiplos, diz que a inadmissão do(s) recurso(s) selecionado(s) conduz à automática inadmissão dos sobrestados, dispensando análise individual de cada qual. Essa interpretação mais se reforça, quando se vê que o próprio RISTF contém regra apartada para disciplinar os recursos sujeitos ao regime de multiplicidade, conforme se lê no seu art. 328-A.
- ⁵¹ O RISTF prevê a revisão de sua jurisprudência, mas não detalha o procedimento, como se vê: “*Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário*”.
- ⁵² O § 5º, do art. 321, do RISTF contém várias regras que disciplinam o processamento dos recursos extraordinários oriundos das decisões dos Juizados Especiais e no que tange ao endereçamento do recurso no juízo de origem, normalmente é dele destinatário o presidente das Turmas Recursais do Juizado Especial. No RS, a matéria vem disciplinada na Resolução 02/05, da presidência do Tribunal de Justiça do Estado, que em seu art. 3º, II, dita que compete ao presidente da Turma proceder ao juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores.
- ⁵³ Nos termos do § 2º, do art. 543, CPC, neste caso de interposição simultânea de ambos os recursos, o relator do especial, perante o STJ, pode considerar que há prejudicialidade do julgamento do extraordinário em relação ao especial e sobrestar o julgamento deste, remetendo os autos ao STF para que primeiro se julgue o extraordinário. Caso o relator do extraordinário, no STF, não entender existente a prejudicialidade, devolverá os autos ao STJ, para julgamento primeiro do especial, nos termos do § 3º, do mesmo artigo.
- ⁵⁴ Essa noção tradicional sobre ausência de juízo de retratação nos recursos excepcionais não é mais absoluta, pois com a introdução do regime de

processamento dos recursos múltiplos, adiante examinada, passou a ser possível a hipótese de retratação. É o que resulta do § 3º, do art. 543-B e inc. II, do § 7º, do art. 543-C, ambos do CPC.

- ⁵⁵ É preciso ter certo cuidado no trato deste tema, pois o regime de retenção dos recursos excepcionais normalmente incide sobre um acórdão de agravo de instrumento, mas não se limita a estes. Pode, por exemplo, ser cabível contra um acórdão de apelação que cassou a sentença e determinou a reabertura da instrução, caso em que se terá igualmente decisão interlocutória em segundo grau, atacável por recurso excepcional retido. O mesmo é de ser dito dos acórdãos de agravo retido: nestes, normalmente não se cogita do regime de retenção aos recursos excepcionais, porque são julgados juntamente com a apelação e impugnados conjuntamente no recurso que ataca o acórdão de apelação. Mas se o agravo retido, por exemplo, é acolhido para determinar-se a cassação dos atos subsequentes à decisão interlocutória reformada (como é comum nos casos de cerceamento de defesa) e a instrução processual é reaberta, o acórdão, nada obstante proferido em sede de agravo retido, caracterizará uma interlocutória de segundo grau e desafiará recursos excepcionais retidos.
- ⁵⁶ A reiteração do recurso excepcional retido, quando feita nas contrarrazões ao recurso contra decisão final – ou no prazo destas, pois não há obrigatoriedade de ofertá-las e a reiteração pode ser feita por petição para este fim exclusivo – supõe que o que exercitou o recurso excepcional retido tenha sido vitorioso na decisão final – o que lhe retira em regra qualquer interesse recursal. Daí que a reiteração feita nesta sede, tenderá a ser feita de modo condicional: para o caso de o tribunal superior se inclinar por prover o recurso do adversário, então que antes examine o excepcional retido.
- ⁵⁷ O tema pode assumir outros contornos, pois há quem sustente que a reiteração do recurso excepcional retido dispensa mesmo até o efetivo exercício do recurso de apelação, pois se a parte prejudicada pela sentença não quiser dela apelar, poderá não fazê-lo e ainda assim poderá manter interesse em ver processado o recurso excepcional retido, requerendo a sua reiteração de modo expresso no prazo da apelação. Embora essa hipótese pareça possível, deixa-se de desenvolvê-la com mais detalhe, porque a experiência prática demonstra que dificilmente a parte abrirá mão de um recurso ordinário que pode lhe dar vitória, para confiar num recurso excepcional, o que torna a especulação demasiado acadêmica, embora concretamente viável, repita-se.
- ⁵⁸ Questão interessante a propósito dos pressupostos de admissibilidade dos recursos excepcionais retidos é a que envolve o preparo, que é inequívoco pressuposto de admissão desses recursos, na sua forma de subida imediata. Não tendo havido na lei previsão de dispensa de preparo para a forma retida desses recursos, se pode, no entanto, invocar analogicamente a regra do agravo na forma retida, que dispensa preparo (parágrafo único, do art. 522, CPC). Entretanto, no silêncio da lei melhor se afigura reputar necessário o preparo (até porque, se a parte não exercitar efetivamente o recurso contra a decisão final, não terá com “quem pegar carona” o recurso retido, devendo ser pagas as custas, inclusive porte de remessa e retorno). Isto mesmo embora, repita-se, pareça mais plausível dispensar-se o preparo, se há recurso contra decisão final.
- ⁵⁹ Registre-se, ainda mais uma vez, o risco de que o entendimento profligado na Súmula 735, do STF, acabe por negar essa construção, dizendo que se a decisão não é definitiva (o que será a esmagadora maioria das interlocutórias capazes de causar dano grave e de difícil reparação), nem cabível será o recurso. Reitere-se, ainda outra vez, a veemente divergência já manifestada a propósito disso.
- ⁶⁰ A título de exemplo e correndo os riscos que os exemplos têm de serem questionáveis ou variáveis por tênues circunstâncias, imagine-se uma demanda única que discuta questão relativa à competência legislativa de um município para dispor sobre determinado tema – o que é assunto que se resolve na repartição constitucional das competências legislativas, dando ensejo a eventual recurso extraordinário fulcrado nas alíneas “a” e, mais objetivamente, “d”, do art. 102, III, da CF. A questão tem aptidão para preencher o pressuposto da repercussão geral – porque servirá de parâmetro para delimitar as competências de todos os municípios da federação – mas não necessariamente estará sendo discutida em múltiplos processos.
- ⁶¹ Para ambos os tipos recursais, só há seleção de recursos que preencham os pressupostos de admissibilidade, porque diante da multiplicidade é importante que se conheça dos recursos. No que tange ao recurso extraordinário, entretanto, um aspecto de admissibilidade pode ficar destacado, pois a análise da repercussão geral também se submete ao regime especial de processamento, na medida em que se negada a existência desta para um determinado tema, há a automática inadmissão de todos os recursos sobre esse mesmo tema, nos termos do § 2º, do

art. 543-B, do CPC. Neste caso o recurso selecionado não chega a ser julgado no mérito, mas a inadmissão se reflete nos processos sobrestados (diferentemente da inadmissão pelos demais motivos, que tem caráter individual, não tendo como interferir na admissibilidade de outros recursos).

⁶² Note-se aqui uma distinção na forma de processamento dos extraordinários múltiplos e dos especiais múltiplos. No STF, os extraordinários não selecionados são devolvidos à origem (parágrafo único, do art. 328, RISTF), enquanto que os especiais repetitivos que já estiverem no STJ são sobrestados no seu âmbito e depois decididos no seu âmbito, pelo relator ou pela presidência (art. 5º, da Resolução 8/08). Parece que o sistema adotado pelo STJ é mais racional, pois minimiza idas e vindas dos recursos sobrestados.

⁶³ A cogitação de que o mandado de segurança pudesse ser via apropriada foi, desde o princípio, rechaçada pelos tribunais superiores, sob o aceitável pretexto de que o remédio heróico pressupõe que o impetrante ostente direito líquido e certo, o que não ocorre contra expressa disposição legal supressiva do efeito suspensivo. Negou-se, portanto, o histórico de uso do mandado de segurança para atribuição de efeito suspensivo que se consagrara no velho regime do agravo de instrumento e elegeu-se a ação cautelar inominada, sob a percepção de que nesta basta a aparência de direito (que é menos do que direito líquido e certo).

⁶⁴ Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho de decisão do Min. Humberto Gomes de Barros, no AgRg na MC nº 11.282/SP: “*O pedido de efeito suspensivo ao recurso especial não possui natureza jurídica própria de ação cautelar autônoma, tratando-se de incidente, que se exaure com o acolhimento ou rejeição do pedido (sujeito a recurso), dispensando a necessidade de citação e, em consequência, de condenação honorária*”. No mesmo sentido, ainda no STJ, veja-se o AgRg na MC 5.947. No mesmo sentido, no âmbito do STF, confirmam-se as seguintes decisões: Pet-AgReg 2.498/PR e Pet-AgReg 2.514/PR.

⁶⁵ Súmula 634: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula 635: “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

⁶⁶ Já houve polêmica sobre se essa competência para atribuir efeito suspensivo às apelações dos incisos do art. 520, do CPC, era mesmo do juiz, pois a regra do parágrafo unido do art. 558, do CPC, manda aplicar o disposto no *caput* às apelações e o que neste se diz é que cabe ao relator do recurso atribuir efeito suspensivo. Ocorre que o *caput* é desenhado para reger o agravo de instrumento, que se interpõe diretamente perante o tribunal e onde se obtém rápida designação de relator. Já a apelação

consome tempo até que chegue ao tribunal e se designe um relator (convém se anote que no Estado de São Paulo, por exemplo, as apelações não levam menos de seis anos entre a interposição e a nomeação de relator). Esse tempo, em qualquer dimensão, não pode normalmente ser aguardado pela parte que precisa suspender os efeitos da decisão recorrida, pois quando o apelo tiver relator já será provavelmente tardia a atribuição do efeito. Por isso é que a competência tem de ser do juiz. Qualquer dúvida que houvesse sobre essa competência ser do juiz resta espancada pela previsão constante na parte final do art. 522, do CPC, que diz caber agravo de instrumento contra decisão do juiz que delibera os efeitos da apelação (poder que, aliás, já vinha estampado no art. 518, desde a edição do código).

⁶⁷ AgRg na MC nº 14.635 – PR. No mesmo sentido, AgRg na MC nº 11.448/RJ (DJ de 01.02.2007), também da relatoria do Min. Teori.

⁶⁸ E não resolve a solução proposta no julgado a seguir, que diz ser viável o uso de agravo interno no âmbito do tribunal regional, pois a perspectiva de êxito de tal remédio é praticamente zero: “*RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco. 7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida. 8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. 9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação.*” (Reclamação 7547, STF).

Recebido em: 15/04/2013; aceito em: 19/07/2013.