

## **RECURSO ESPECIAL. FUNÇÃO POLÍTICA E PACIFICADORA. ALTERAÇÕES RELEVANTES ADVINDAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.**

### **SPECIAL APPEAL. PEACEKEEPING AND POLITICAL FUNCTION. RELEVANT CHANGES CAME FROM THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015.**

**Luiz Fernando Valladão Nogueira** – Advogado. Procurador do Município de Belo Horizonte. Autor dos Livros “Recursos e Procedimentos nos Tribunais” (ed. D’Plácido) e “Recurso Especial” (ed. Del Rey). Coordenador e professor em curso de pós-graduação em Processo Civil na Faculdade Arnaldo Janssen. Professor de Cursos de Extensão sobre Recursos em Processo Civil. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro.

**Sumário:** 1.Introdução; 2.Pressupostos específicos de admissibilidade; 3.Relevantes novidades quanto aos pressupostos específicos de admissibilidade; 4.conclusão.

**Resumo:** O artigo objetiva situar o recurso especial em nosso sistema recursal. Depois disso, evolui para a demonstração dos principais pressupostos de admissibilidade do recurso especial. E o ponto nevrálgico está na análise daquilo que foi afetado pelo novo código de processo civil, com ênfase ao princípio da primazia do mérito no plano recursal.

**Abstract:**The purpose of the article is to situate the special appeal in our appeal system. After that, it evolves to the demonstration of the major assumptions of the special appeal acceptability. And the main point is the analysis of what was affected by the new civil code, with emphasis on the principle of primacy of the merit in the appeal plan.

**Palavras-chaves:** RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE. PRIMAZIA DO MÉRITO. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FÁTICA. ESGOTAMENTO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS.

#### **1. Introdução.**

O nosso sistema recursal é, de forma inteligente, dividido em recursos ordinários e recursos extraordinários *lato sensu*. A primeira modalidade está inserida no duplo grau de jurisdição, sendo a apelação a sua espécie mais representativa. Já a segunda modalidade está fora do duplo grau de jurisdição, merecendo destaques o recurso extraordinário (STF/matéria constitucional) e o recurso especial (STJ/matéria infraconstitucional).

Os recursos ordinários pretendem fazer justiça às partes e permitem ampla discussão sobre provas e fatos. Em contraposição a esse sistema, os chamados recursos extraordinários *lato sensu* têm como objetivo precípuo a uniformização do Direito Federal, tentando fazê-lo respeitado em todos os juízos de nossa federação. Logo, no âmbito desses recursos extraordinários *lato sensu*, os tribunais objetivam o interesse público, que reside na correta interpretação das normas federais e na uniformização de sua aplicação. Apenas como mera consequência dessa interpretação e uniformização, é que se aplica o direito ao caso concreto. O recurso especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, insere-se aí.

Em obra de minha autoria, intitulada “Recurso Especial”, destaquei que: “[...] o papel do recurso especial é o de levar ao STJ temas relevantes de cunho jurídico e em torno de normas federais, cuja apreciação atingirá, apenas por consequência, as partes envolvidas no litígio”. (NOGUEIRA, 2011, p. 2, ed. Del Rey).

Com efeito, trata-se de recurso que objetiva preservar a unidade e a autoridade do direito federal infraconstitucional, tendo em mira o interesse público que daí decorre.

O recurso especial é adequado contra acórdãos proferidos em única ou última instância, quando esses afrontarem lei federal. Em todas as hipóteses de cabimento, estabelecidas no art. 105, inc. III, CF, encontra-se a ideia de afronta, pelo acórdão recorrido, à lei federal.

Vale conferir o art. 105, inc. III, CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III – 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, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O que se pretende nesse trabalho é mostrar algumas alterações advindas do novo código processual, e que atingiram o recurso especial.

## **2. Pressupostos específicos de admissibilidade.**

O recurso especial está sujeito a todos os pressupostos de admissibilidade previstos genericamente, tais como a tempestividade, a regularidade formal, o preparo, a adequação, a legitimidade e o interesse recursal. O seu prazo, cabe enfatizar, é, conforme previsão do art. 1.003 § 5º do código, de quinze dias úteis (art. 219 CPC) a contar da intimação do acórdão recorrido, sendo que, no caso da fazenda pública, conta-se em dobro e a partir da intimação pessoal do advogado (art. 183 CPC).

Ocorre que, conforme já adiantado na introdução, o recurso especial está atrelado ao interesse público, localizado na correta interpretação da lei federal e na unidade de sua aplicação. Em assim sendo, tal recurso, a par dos pressupostos de admissibilidade gerais, deve observar alguns

outros, específicos a essa sua finalidade. Esses pressupostos específicos de admissibilidade, embora reiterados por insistente jurisprudência, têm, a rigor, origem no próprio texto constitucional.

Os principais pressupostos específicos de admissibilidade são:

**a) Matéria jurídica.** O recurso especial não pode veicular matéria de índole fática, pois o seu objetivo é a autoridade e unidade da lei federal, e não dos fatos. O STJ já possui duas súmulas que revelam esse pressuposto de admissibilidade: súmula 05 (“a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”) e súmula 07 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

**b) Prequestionamento.** O recurso especial, tendo em vista a locução “causas decididas”, contida no art. 105, inc. III, CF, só pode veicular ofensa ao dispositivo de lei federal, cujo preceito tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido. O STJ, a respeito do tema, editou a súmula 211 (“inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”).

**c) Esgotamento dos recursos ordinários.** Se o recurso especial é interposto contra decisão de “última instância” (art. 102, inc. III, a, CF), só pode ser manejado quando esgotados todos os recursos ordinários. O STJ, a respeito, editou a súmula 207 (“é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”), assim como vem aplicando a súmula 281 STF (“é inadmissível recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”).

### **3. Relevantes novidades quanto aos pressupostos específicos de admissibilidade.**

Pode-se alardear, sem medo de errar, que o novo código processual eliminou a insuportável *jurisprudência defensiva*<sup>1</sup>. Ou seja, não cabe mais a criação de empecilhos processuais, com base exclusivamente na jurisprudência, para não conhecimento de recursos especiais. A segurança jurídica repudia tal postura.

---

<sup>1</sup> Dentre diversas outras criações, tem-se, por exemplo, situações em que o STJ não conhecia de recursos, porque a guia de preparo estaria preenchida a caneta (RECURSO ESPECIAL Nº 418.576 – SP, RELATOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN, DJ 17.11.2008), ou porque a justiça gratuita, expressamente já deferida, deveria ser reiterada na nova etapa recursal (AgRg no AREsp 587874 / RS, rel. Min. Og Fernandes, DJe 09.12.2014).

Com efeito, atento ao princípio da primazia do mérito – uma das vigas do novo sistema processual, já apresentado pelo art. 4º do novo código –, o sistema recursal trouxe disposição expressa. Trata-se do par. único do art. 932, que impõe, relativamente a todos os recursos, juntamente com o art. 933, duas obrigações aos tribunais: 1) sempre que visualizado óbice ao conhecimento do recurso, deve-se permitir sua correção pelo recorrente, desde que possível; 2) independente disso, deve-se sempre ouvir as partes sobre o óbice antevisto, para que o pleno e efetivo contraditório possa se concretizar.

Além disso, tal dispositivo, aliado a diversos outros espalhados pelo código, acentua uma nova postura exegética, no tocante ao conhecimento de recursos: a interpretação deve, sempre, considerando a garantia constitucional de acesso à jurisdição e a preferência legal pelo exame do mérito, priorizar o conhecimento do recurso.

Com relação aos recursos extraordinário e especial, até mesmo para evitar resistências à exegese acima advogada, cuidou o legislador de ser expresso. Confira-se o § 3º do art. 1029 do Código:

§ 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

Portanto, também no caso do recurso especial, a prioridade é o seu conhecimento, a não ser que seja intempestivo ou esteja maculado por vício reputado grave.

É visível a carga de subjetividade contida na expressão “vício formal... que não o repute grave”.

Parece-me que a compreensão do dispositivo em comento tem que ser a seguinte:

- A tempestividade, por questão de segurança jurídica, não pode ser superada e, por isso mesmo, o legislador só permitiu a correção de vício em “recurso tempestivo”.
- À luz da instrumentalidade das formas (art. 188 in fine NCPC), só será “grave” o vício e, portanto, inviável de ser corrigido, se a correção não for suficiente a alcançar o fim pretendido pela norma que trata do pressuposto de admissibilidade em discussão. Assim é que, por exemplo, o equívoco do recorrente ao apontar como ofendido determinado dispositivo legal, de forma equivocada (erro material), pode ser ignorado e superado pelo STJ. Ou, se a

divergência jurisprudencial não for comprovada pelo recorrente de forma analítica (art. 1.029 § 1º NCPC), poderá o STJ, em se tratando de confronto notório, relevar o rigor quanto à regularidade formal. Ainda, e até para superar aparente intempestividade, poderá o relator determinar que o recorrente, por força de diligência, apresente o comprovante de que determinada data foi feriado local (exigência do § 6º art. 1.003 NCPC).

Diferente disso, o STJ não poderá ignorar vício incontornável. É o que acontece, por exemplo, com a invocação de matéria fática. Ora, se o recurso se ampara numa premissa antecedente de cunho fático e que é controvertida, não há como o STJ examinar a matéria jurídica de fundo, por mais relevante que seja. A inviabilidade de a instância especial adentrar nos meandros fáticos inviabiliza a superação desse pressuposto de admissibilidade.

De igual forma, pode-se dizer quanto ao pressuposto do esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, se o recorrente se esqueceu de, antes de interpor o especial, aviar outro recurso ainda cabível, não será conhecido o insurgimento e não haverá como mitigar tal rigor.

De forma bastante prática, pode-se, quanto aos principais pressupostos específicos de admissibilidade aqui já estudados, destacar, adiante, algumas reflexões ao redor do novo código processual.

**a) Flexibilização do prequestionamento** - O novel código trouxe específica flexibilização, no tangente ao pressuposto de admissibilidade do prequestionamento. Na vigência do CPC/73, o prequestionamento implicava a necessidade de interposição dos embargos declaratórios, a fim de que o órgão julgador procedesse ao enfrentamento do tema jurídico que seria veiculado no recurso especial. A omissão do órgão julgador levava à não implementação do prequestionamento e, conseqüentemente, o recurso especial desmerecia ser conhecido. A solução engendrada pela praxe forense e pela própria jurisprudência das Cortes Superiores foi no sentido de, subsistindo a omissão, o recorrente, em seu recurso especial, invocaria a nulidade do acórdão dos embargos declaratórios (ofensa ao art. 535 CPC/73). Uma vez detectada a omissão, o STJ anulava o acórdão dos declaratórios e, aí sim, a instância de origem concretizava o exame da matéria e aperfeiçoava o prequestionamento. Só depois disso tudo, é que o interessado aviaria novo recurso especial, agora para exame do mérito propriamente dito<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Dentre inúmeros precedentes do STJ, pode-se citar o seguinte: Existindo na petição recursal alegação de ofensa ao art. 535 do CP/1973, a constatação de que o Tribunal de origem, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, não se pronunciou sobre pontos essenciais ao deslinde da controvérsia autoriza o retorno dos autos à instância ordinária para novo julgamento dos aclaratórios opostos (AgRg no REsp 1564574 / SC, REL. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 08/03/2016).

É importante registrar que, contrariamente a tal rigor, havia alguma relativização jurisprudencial, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, onde também se exige o prequestionamento.

Pois bem, ao versar sobre os embargos declaratórios, o legislador cuidou, agora, de adotar postura mais pragmática:

Art. 1.025 – Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Dáí decorre o seguinte:

- Se o tema jurídico não foi objeto de exame pelo órgão de origem, a parte deve, valendo-se daquilo que motiva os embargos declaratórios (apontamento da omissão), aviá-los, para tentar obter o aperfeiçoamento do prequestionamento;
- Caso a instância de origem, supra os vícios apontados e providencie o exame solicitado, haverá o efetivo prequestionamento e o recurso especial preencherá tal pressuposto específico de admissibilidade;
- Caso a instância de origem recuse a enfrentar o tema e, conseqüentemente, rejeite ou inadmita os embargos, ter-se-á o prequestionamento ficto, sendo este suficiente para a invocação da matéria no recurso especial;
- Caso o recorrente, mesmo diante da omissão da instância de origem, deixar de aviar os embargos declaratórios e manifestar diretamente o recurso especial, este não será admitido por ausência do prequestionamento.

A propósito ainda do prequestionamento, o novo código, ao tratar da formação dos acórdãos, estabeleceu que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte

---

<sup>3</sup>O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-lhe, desde logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.” ( RE 210.638-1, Min. Sepúlveda Pertence).

integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento” (art. 941 § 3º NCPC).

Sem dúvida que tal disposição quis tornar superada a súmula 320 STJ, a qual consubstancia a advertência de que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do questionamento”<sup>45</sup>. Essa alteração está em coerência com a já acentuada flexibilização do questionamento. Ora, como antes visto, doravante, bastará à invocação do tema recursal por meio de embargos declaratórios para que se lhe considere incluído no acórdão para efeito de questionamento (art. 1025 NCPC). O raciocínio aí é o de que o debate foi oportunizado, não sendo razoável à luz mesmo do princípio de cooperação entre os sujeitos do processo, que o órgão julgador se escuse ainda assim de fundamentar e, como consequência nefasta, inviabilize o recurso especial da parte sucumbente por ausência de questionamento.

Nessa linha de raciocínio, deve-se considerar questionado determinado tema recursal, se enfrentado foi pelo voto vencido. O enfrentamento pelo voto vencido autoriza deduzir que o colegiado também poderia fazer o mesmo. Sim, em sendo colegiado o julgamento a ensejar o recurso especial, pode-se afirmar, com segurança, que a análise solitária pelo voto vencido poderia – e deveria – alcançar também o crivo dos votos majoritários. Não se pode descuidar da premissa de que o “o voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente” (art. 941 § 1º NCPC), o que autoriza a análise pelos demais pares dos fundamentos invocados pelo prolator do voto solitário, mesmo que já proferidos anteriormente.

O fato é que o questionamento advém da expressão constitucional “causas decididas”, contida no art. 102 III Carta Maior. Porém, a exigência de que o tema recursal especificamente tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido é fruto de construção jurisprudencial. Com efeito, a causa estará decidida, convenhamos, mesmo que determinado fundamento não tenha sido enfrentado pelo colegiado. Poderá haver ausência de fundamentação sobre determinado ponto da lide ou questão controvertida, mas a causa estará decidida, bem ou mal. Daí pode-se dizer que não fogem dos limites constitucionais alterações como estas agora feitas pelo legislador processual, pois nada mais estão fazendo do que adaptar a jurisprudência do STJ aos princípios da primazia do mérito, da economia processual e da efetividade.

---

<sup>4</sup> “(...) O cumprimento do requisito do questionamento deve ser aferido quanto à matéria suscitada no voto condutor do acórdão recorrido, e não apenas no voto vencido. (...)” (AgRg no REsp 1348145 / DF, rel. Min. Raul Araújo, DJ 17.05.2016).

<sup>5</sup> “(...) Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do questionamento. Precedentes do STJ. (...)” (REsp 1487089 / SP, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 28/10/2015).

Sob a ótica prática e voltando ao problema do voto vencido, pode-se destacar o seguinte:

- Uma vez proferido o acórdão e nele contido voto vencido que trata do tema a ser invocado no recurso especial, considerar-se-á alcançado e aperfeiçoado o prequestionamento, conforme autorização do art. 941 § 3º NCPC. A rigor, será dispensável a interposição dos embargos declaratórios com o propósito de prequestionamento.
- Se proferido o acórdão, mas o voto vencido não constar formalmente do mesmo, a parte interessada haverá de opor embargos declaratórios para que este erro material seja corrigido, sob pena de não aperfeiçoado o prequestionamento.
- Se o tema enfrentado apenas pelo voto vencido for de índole fática, de nada adiantará tal enfrentamento para efeito de conhecimento do recurso especial. É que a matéria dessa natureza não pode, como é cediço, ser devolvida ao STJ<sup>6</sup>. O que poderá a parte interessada fazer é interpor embargos declaratórios, para que todo o colegiado examine a matéria até então analisada isoladamente, e extrair dali conclusão fática que lhe seja favorável. Feito isso e alcançado o objetivo pretendido, e se ainda persistir o interesse recursal, a parte poderá, a partir daí, interpor o recurso especial partindo de premissa fática que lhe seja favorável e que será soberana.

Acrescente-se, por fim, alteração legal a permitir o conhecimento pelo STJ, independente de prévio prequestionamento, daquelas matérias conhecíveis de ofício.

Entendia-se que, “em se tratando de matérias apreciáveis de ofício, tais as previstas nos arts. 267, § 3º e 301, § 4º, CPC, o colegiado de segundo grau pode apreciá-las ainda que não suscitadas na apelação”, sendo certo, porém, que “*nas instâncias especial e extraordinária, a apreciação depende de prequestionamento*” (destacamos) (REsp. 238912-RN, DJ 03.04.00)<sup>7</sup>.

A meu ver, houve modificação em tal critério limitativo.

A conclusão é extraída de comparação entre dispositivos do CPC/73 e do NCPC.

---

<sup>6</sup> Sobre o ponto, é válido, inclusive na vigência do CPC/15, o posicionamento do STJ, no sentido de que “a Súmula 320 desta Corte prevê: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.” Desse modo, inviável utilização do voto-vencido para revalorar todo o conjunto probatório dos autos”. (EDcl no AgRg no AREsp 391260 / SC, rel. Min. Humberto Martins, DJe 14/12/2015).

<sup>7</sup> Dentre inúmeros precedentes, pode-se citar, ainda, o seguinte: É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo as matérias de ordem pública devem observar o requisito do prequestionamento viabilizador da instância especial. (REsp 1366921 / PR, Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, DJe 13/03/2015).



Art. 267 § 3o CPC/73 - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Art. 485 § 3o NCPC - O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Realmente, o Código de 1973, ao versar, casuisticamente, sobre as hipóteses de extinção do processo sem exame de mérito, de ofício pelo órgão julgador, asseverou ser tal proceder viável até “proferida a sentença de mérito”. Tal expressão sempre foi entendida como sentença ou acórdão de mérito, mesmo porque este último substitui à primeira (art. 512 CPC/73 e art. 1.008 NCPC).

Acontece que o novo legislador, em vez de apenas generalizar com a expressão decisão ou acórdão de mérito, atendendo, assim, à correção pugnada pela doutrina, foi um pouco além. De fato, o legislador, agora, preferiu dizer que esse conhecimento de ofício pode se dar “enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”. Ora, à míngua de restrição específica nas disposições sobre os recursos extraordinários *lato sensu*, deve-se extrair daí o propósito de permitir, também na via desses recursos, o conhecimento *ex officio* de matérias não decididas pela instância de origem e até não veiculadas pelos insurgimentos (efeito translativo).

Cabe o acréscimo de que o legislador, em coesão com o raciocínio até aqui desenvolvido, estabeleceu no parágrafo único do art. 1.034 NCPC, que, “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

Em assim sendo, pode-se imaginar certa situação em que o STJ, por exemplo, estaria por acolher ofensa à determinada norma de direito federal infraconstitucional, com base no entendimento que se aplica, num caso de cobrança de seguro, a interpretação mais favorável ao consumidor e que induz à nulidade de determinada cláusula restritiva. Porém, se o mesmo STJ verificar que, embora não examinada e até arguida a matéria até então, há o fenômeno da ilegitimidade de parte (matéria conhecível de ofício), deverá sim decretá-la, de ofício, e extinguir o processo por carência de ação. De igual forma, na linha de entendimento minoritário até então no STJ<sup>8</sup>, poderá aquele Pretório, agora

---

<sup>8</sup> Vale conferir dois precedentes do STJ:

confortado pela nova dicção legal, acolher a expressa invocação de ilegitimidade (ou outra matéria de ordem pública), mesmo sem prévio exame sobre o tema no tribunal de origem.

É importante destacar que, mesmo sendo viável o conhecimento de ofício, deverá o STJ ouvir a parte contrária, considerando o efetivo contraditório (arts. 9, 10 e 933 NCPC).

**b) Interpretações sobre as súmulas 05 e 07 STJ (matéria jurídica)** - Descabe ao STJ, ao julgar um recurso especial, adentrar nas nuances fáticas da lide. O desenho fático, feito pelo Tribunal Recorrido, é soberano. A partir dessa moldura de fato é que compete ao STJ deliberar sobre temas de Direito.

Isso porque a Constituição Federal relegou ao recurso especial a função de uniformizar a interpretação de Direito, e não fatos. Estes – os fatos – são avaliados no âmbito daqueles recursos que integram o duplo grau de jurisdição (apelação e agravo de instrumento, por exemplo), onde a função do Judiciário é analisar livremente a lide e fazer justiça efetiva às partes em contenda. O recurso especial, diferente disso, tem fim mais nobre e mesmo político, ou seja, pretende que o STJ uniformize o DIREITO federal infraconstitucional, trazendo, dentro do possível, segurança jurídica em nosso sistema federativo. A aplicação do entendimento jurídico do STJ ao caso concreto é mero efeito secundário do julgamento do recurso especial.

Sobre a restrição à matéria fática, no STF, já vigorava a Súmula 279, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

No STJ, na mesma linha de raciocínio, tem-se a Súmula 7, para a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”<sup>9</sup>. Não destoia dessa premissa a Súmula 5, também do STJ, pela qual “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”<sup>10</sup>.

---

É possível, porém, conhecer de questões de ordem pública não prequestionadas, se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que, mesmo de forma temperada, tem aplicação na instância especial. (REsp 701185 / RS, rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 03/10/2005). O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto. É que os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser prequestionado. (AgRg no REsp 900449 / RJ, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 23/06/2009).

<sup>9</sup> (...) Sabe-se que no especial atua-se à luz da moldura fática soberanamente delineada pelo Tribunal de origem, de tal forma que o acolhimento da pretensão recursal como pleiteia o agravante, demandaria o reexame do suporte fático-probatório dos autos, o que se revela inviável nesta via pela incidência da Súmula 7/STJ. (AgRg no AREsp 776485 / RS, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 10/12/2015).

Há, que se ressaltar, porém, algumas interpretações sobre o tema:

**b.1) *Matéria fática e a leitura de peças processuais*** - O que se quer, aqui, ressaltar, é que a simples leitura de uma petição ou decisão judicial não representa reexame de fatos. Isso porque o STJ, ao fazer tal apreciação, não estará aferindo elementos probatórios, que se circunscrevem àquelas hipóteses previstas especificamente no Código Processual (prova documental, testemunhal, etc.), acrescidas da amplitude salientada pelo art. 369 NCPC (“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos...”).

Convenhamos que conferir se a parte requereu, concretamente, por exemplo, indenização por benfeitorias, ou se o juiz apreciou, efetivamente, um requerimento de prova pericial não se traduz em reexame de provas. Cuida-se aí, apenas, de simples leitura de peça processual, que não se identifica como prova produzida nos autos.

Há precedente do STJ, relatado pelo Ministro Assis Toledo, em que aquele Tribunal deu-se ao trabalho de conferir os termos de uma contestação para confirmar uma afirmativa feita pelo réu em determinada ação renovatória de locação<sup>11</sup>.

A ementa daquele aresto – REsp. 34.707-9-SP – retrata que, “estando evidente, *na contestação*, a especificação do destino a ser dado ao imóvel, com detalhes, reforma-se o acórdão...”.

No início do seu voto, o relator é categórico:

---

<sup>10</sup> (...) Em vista da moldura fática apurada pela Corte de origem, há óbice intransponível ao conhecimento do recurso especial, por qualquer das alíneas do permissivo constitucional, pois a eventual revisão do acórdão recorrido demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento dos elementos constantes nos autos e reexame de cláusulas contratuais contidas no instrumento de transação - o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos dos enunciados de Súmula 5 e 7 do STJ. (AgRg no AREsp 222312 / RJ, rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10/03/2015).

<sup>11</sup> Na mesma linha de raciocínio:

(...) Para se aferir se o recurso de apelação efetivamente atacou os fundamentos da sentença recorrida, não é necessário o revolvimento de matéria fática, mas a simples leitura da sentença e do recurso de apelação, peças processuais que não se assemelham à prova. (AgRg no Ag 1105832 / PR, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 24/05/2010).

“Afasto inicialmente o equívoco manifesto do acórdão quando afirma que os réus não especificaram com clareza ‘o destino que irão dar ao imóvel, detalhando os ramos de comércio que pretendem explorar’”(fls. 334).

Só mesmo a leitura apressada dos itens 3º e 6º da contestação, transcritos *ipsis litteris* no relatório, poderia justificar essa afirmação errônea, razão pela qual a rejeito, *já que, assim procedendo, não reexaminou provas, limitando-me a ler uma peça dos autos – a contestação – na melhor das hipóteses, mal interpretada nesse tópico fundamental pelo acórdão da apelação*” (RSTJ 60/305, destacamos).

Nessa linha de raciocínio, vem admitindo o STJ, inclusive, o exame da tempestividade ou não de apelação.

Assim é que “o exame da tempestividade do recurso de apelação não corresponde a reexame da prova” (REsp. 18.211-0-PB, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 03.08.92). E mais: “O não conhecimento de recurso tempestivamente interposto resulta em violação ao art. 508 do CPC” (REsp. 9458-SP, rel. Min. Américo Luz, DJU 24.06.91).

**b.2) Reexame de provas e valoração legal da prova-** Cabe uma segunda ressalva, que reside na viabilidade de o STJ proceder, em sede de recurso especial, à correta valoração legal ou abstrata da prova.

Há que se distinguir o vedado “reexame de provas”(Súmula 7 STJ) da chamada valoração da prova.

Já disse o Ministro Sálvio de Figueiredo, ao julgar o AgRg no Ag. 99.850-MG, que “É VEDADO, EM SEDE DE ESPECIAL, O REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS, A TEOR DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ”, sendo que, diferente disso, “A VALORAÇÃO DA PROVA PRESSUPÕE CONTRARIEDADE A UM PRINCÍPIO OU A UMA REGRA JURÍDICA NO CAMPO PROBATÓRIO...” (DJ 16.09.96).

Acolhendo uma argumentação de valoração legal da prova, já destacou o Ministro Vicente Leal:

“A doutrina nacional e a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova em sede de recurso

especial, pois tal estudo – valoração da prova – situa-se no campo da questão federal, susceptível de conhecimento no espaço do apelo nobre” (REsp. 47216-MA, RSTJ 100/320).

Realmente, não se ignora que delira dos propósitos do recurso especial a pretensão de reavaliação do conjunto probatório.

Acontece que, embora haja certa subjetividade na valoração da prova pelo juiz (art. 371 NCPC), há situações em que deve seguir um critério normativo em vigor. Essas últimas situações oportunizam, quando vulnerados os contornos ali estabelecidos, um reexame pelo STJ, via recurso especial.

De fato, *“a reavaliação jurídica de provas consiste em aferir se, diante da legislação pertinente, determinado meio probatório é apto ou não a provar uma situação jurídica”* (AgRg no AREsp 662.519/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe 25/05/2015).

Por exemplo, não será reexame de provas a eventual afirmativa de que certo acórdão recorrido errou, ao aceitar, em sede de ação reivindicatória, outra prova de propriedade que não fosse a documental. É que há norma expressa, a apontar que a prova da propriedade imobiliária se dá com o registro do título no Cartório de Registro Imobiliário (art. 1.245 CC)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> No mesmo sentido, e especificamente sobre critérios legais a serem observados por laudo pericial em desapropriação:

(...) 2. A justa indenização, e sua conformidade, em sede de recurso especial, somente é passível de aferição quando o exame de prova pericial ou do quantum indenizatório referir-se à qualificação jurídica dos fatos (REsp 196456/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 11.03.2002).

**3. A aferição dos critérios legais para a realização da prova não implica cognição interdita pela Súmula n.º 07/STJ; senão valoração jurídica da prova.**

4. In casu, aduz o recorrente que o laudo pericial adotado pelo Tribunal a quo não observou os critérios exigidos em lei.

5. Os arts. 23, § 1º e 27, da Lei 3.365/41, versam acerca dos critérios para a elaboração do laudo pericial nas desapropriações para fins de utilidade pública, verbis:

"Art. 23. Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º O perito poderá requisitar das autoridades públicas os esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo, e deverá indicar nele, entre outras circunstâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27.

-----

As regras de experiência comum ou os fatos notórios também podem trazer algum critério de valoração da prova a ser observado pelo STJ, sem a vedação da Súmula 7.

Realmente, não se pode esquecer que...

...o juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial (art. 375 NCPC); e que...

...não dependem de prova os fatos....notórios (art. 374 I NCPC)

Em face disso, por exemplo, é viável que o STJ, em vez de reexaminar a prova, faça, isso sim, a valoração da mesma, em uma ação de investigação de paternidade que culminou na procedência do pedido inicial, aonde se tem como inconteste que o exame de DNA é negativo. A notoriedade da eficácia do exame de DNA autoriza o apego a tal modalidade de perícia.

Aliás, assim já agiu, concretamente, o STJ ao dizer que,

“modernamente, a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com o que o art. 145 do CPC está violado quando tais meios são desprezados com supedâneo em compreensão equivocada da prova científica” (REsp. 97.148-MG, rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, *DJ* 08.09.97).

Também haverá valoração legal da prova, e não reexame da mesma, quando o STJ, eventualmente, reconhecer a viabilidade de prova exclusivamente testemunhal, a despeito de aparente vedação legal. Sim, pelo que ordinariamente acontece ao redor de todos nós, pode-se deduzir que determinados negócios jurídicos são firmados, até pelos costumes, verbalmente.

Com efeito, já se decidiu, sem qualquer obstáculo advindo das Súmulas 5 e 7 STJ, que,

---

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu". (REsp 913904 / RJ, rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 02/03/2009).

“seja pela certa imperfeição no critério previsto no art. 401 da lei adjetiva civil, seja pela natureza da atividade de corretagem, que usualmente advém de acordo informal com o vendedor do bem, seja pela possibilidade de ser demonstrado, segundo a orientação jurisprudencial mais moderna do STJ, o fato do serviço, independentemente da prova da existência formal de um contrato, não é de se extinguir ação que objetiva o recebimento de comissão pela intermediação na alienação de ‘conjunto de irrigação’ de terras para cultivo agrícola, apenas porque a parte autora quer se valer, exclusivamente, da prova testemunhal” (REsp. 75.687-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJU* 29.10.01).

Igualmente decidiu-se:

“Ainda que não expressamente documentado por escrito, seria injusto deixar-se de remunerar um trabalho efetivamente acontecido apenas com base na interpretação hermética da norma” (REsp. 713073-MT, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 09.05.05).

Também compreendendo que a matéria é de índole técnica, a exigir que se assimile o ponto de vista do *expert* em detrimento de outra modalidade probatória, também já procedeu à reavaliação o STJ, ao definir que:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PROVA INDISPENSÁVEL AO DIREITO POSTULADO. VALORAÇÃO INCORRETA. 1. DEPENDENDO O DESLINDE DA CAUSA DA APRECIÇÃO DE PROVA ESSENCIAL, NO CASO, PERICIA REALIZADA E IGNORADA PELO TRIBUNAL "A QUO", E INEQUIVOCA A MA VALORAÇÃO DESSA PROVA. 2. DECISÃO QUE NÃO IMPLICA NO REEXAME DE MATERIA FÁTICA. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO” (REsp 69366 / SP, rel. p/acórdão MIN. PEÇANHA MARTINS, DJ 17.11.97).

Nada obsta, outrossim, que a reavaliação se dê pelo STJ, mas não propriamente do quadro probatório espalhado pelo processo, e sim dos fatos tal como desenhados pelo próprio acórdão recorrido. O apontamento pelo STJ de outra conclusão fática é viável em sede de recurso especial, mas desde que, repita-se, advenha das premissas lançadas pela instância de origem<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>É entendimento do Tribunal Superior o de que “*em recurso especial, é possível a valoração jurídica do fato, que consiste em atribuir nova definição jurídica aos fatos considerados incontroversos pelas instâncias ordinárias*”(AgRg no Ag 1387390 / SP – Sebastião Reis Junior – DJ 22/02/2013).

Assim é que, por exemplo, o STJ tem dito que determinados valores fixados a guisa de honorários sucumbências são irrisórios, diferente do que afirmado pelo acórdão recorrido<sup>14</sup>.

O precedente, cuja parte da ementa segue abaixo, sintetiza a dicotomia ora sustentada:

“(…)13. É o caso de rememorarmos a conhecida dicotomia: **reexame de provas x reavaliação probatória**. Esta Corte reconhece há tempos à diferença entre ambas as situações. Na reavaliação, este Tribunal parte do que já foi estabelecido no julgamento a quo, sem revolver as provas. Faz apenas a qualificação jurídica do que está descrito no acórdão recorrido a respeito do material probante. No reexame de matéria fática, há necessidade de se verificar se as conclusões a que chegaram os julgadores do Tribunal de Apelação estão embasadas nas provas produzidas nos autos. Sobre o assunto, confira-se: a) EDcl no REsp 1.202.521/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 12.12.2014; b) AgRg no REsp 1.434.027/PR, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 5.6.2014; c) REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 28.6.2013; d) AgRg no AREsp 19.719/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.9.2011; e e) REsp 1.211.952/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.3.2011”(…). (EDcl no AgRg no AREsp 18092 / MA, rel. p/ acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 16/11/2015).

De igual forma, é possível que o STJ reconheça a dor moral, passível de atrair a respectiva indenização, decorrente de situação, por exemplo, de sofrimento e morte de ente querido. Mesmo que a instância ordinária negue a indenização, mas reconheça o evento que notoriamente atrai a dor psíquica, é possível que o STJ reavalie a conclusão e defira a pretensão ressarcitória, sem incorrer no óbice da súmula 07. Vale insistir: aquilo que ordinariamente acontece na vida do chamado *homem médio* é factível de ser identificado pelo STJ, sem que a Corte delibere sobre provas.

---

<sup>14</sup>(…) Em regra, é impossível conhecer de Recurso Especial em que se discute legalidade do valor dos honorários advocatícios arbitrados com base em critério de equidade. Excepcionam-se os casos em que: a) a matéria está necessariamente prequestionada no acórdão recorrido, e b) **com base nas circunstâncias expressamente valoradas no acórdão recorrido, é possível, sem maiores digressões, constatar que o montante controvertido apresenta-se manifestamente irrisório ou exorbitante.** (AgRg no AREsp 532550 / RJ, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 02/02/2015).



Portanto, são situações que se encaixam nessa viabilidade, reconhecida pela jurisprudência e doutrina, de reavaliação da prova, em sede de recurso especial.

**b.3) O esgotamento dos recursos ordinários e situações novas** - O objetivo dos recursos ordinários contrapõe-se ao que move aqueles de índole extraordinária, especial ou extraordinário, dirigidos, respectivamente, ao STJ e ao STF.

Com efeito, os demais recursos direcionados às instâncias ordinárias (apelação, agravo, etc.) objetivam, a rigor, a realização da justiça sem as amarras e os pressupostos daqueles dirigidos aos Tribunais Superiores. Em assim sendo, só será cabível o recurso especial quando o insurgente já houver esgotado todas as possibilidades por meio dos recursos ordinários. Não se justifica a intervenção do STJ, por meio do recurso especial, se o recorrente ainda tem interesse recursal ao manejo de outra modalidade de recurso, perante o próprio Tribunal de Origem.

Convém verificar que o art. 105, III, CF é expresso, ao estabelecer o cabimento do recurso especial, com relação às causas decididas, “em única ou *última instância*, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios...”.

Já deliberou, sob este enfoque, o STJ:

“O recurso especial tem como pressuposto decisão de única ou última instância. Vale dizer, julgamento exaurido no tribunal de origem. Em outras palavras, quando, lá, não mais for admissível recurso. Em havendo possibilidade de agravo regimental, deverá, antes, ser interposto” (REsp. 44.265-RS, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 25.04.94).

Por isso mesmo, o STF, há longa data, editou a Súmula 281: “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

Já no STJ, foi editada a Súmula 207, ainda na vigência do CPC/73: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

Com o novo código, tem-se situação até então inexistente, e que, de certa forma, guarda conexão com o pressuposto agora em estudo.

**b.3.1) A técnica de julgamento do art. 942 NCPC e o especial** - O CPC/73, em seu art. 530 CPC, previa o cabimento do recurso de embargos infringentes. Tratava-se daquele recurso que, diante de determinada divergência do tribunal em julgamento de apelação ou ação rescisória,

consubstanciava as razões do sucumbido, pelas quais ele pretendia resgatar a conclusão do voto vencido.

Na locução do citado dispositivo do CPC/73, os embargos infringentes seriam cabíveis a) em havendo divergência entre os julgadores; b) quando do julgamento de recurso de apelação; c) desde que houvesse reforma (a contrario sensu, não caberia quando houvesse anulação); d) da sentença de mérito (a contrario sensu, não caberia se a reforma fosse da sentença sem resolução de mérito).

Pois bem, o novo Código, movido pelas críticas direcionadas ao recurso de embargos infringentes, tido como causador de demora na prestação jurisdicional, eliminou-o do sistema recursal. E, em contrapartida, substituiu-o pela chamada técnica de julgamento.

A aludida técnica de julgamento foi estabelecida pelo art. 942 NCPC.

Assim podem ser resumidas as hipóteses de cabimento e o procedimento adotado pelo citado artigo e seus parágrafos:

a) Será aplicada a técnica de julgamento, quando houver divergência, em grau de apelação (caput art. 942 NCPC), ação rescisória com resultado de rescisão da sentença, ou agravo de instrumento com reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (§ 3º inc. I e II art. 942 NCPC).

b) Havendo a divergência, serão colhidos, na mesma sessão, os votos dos demais julgadores que não participariam do julgamento original, mas que compõem o colegiado (§ 1º art. 942 NCPC). Se necessário, serão convocados para futura sessão outros julgadores, no número necessário para que haja inversão do julgamento (caput art. 942 NCPC). No caso da ação rescisória, o prosseguimento terá que ser perante aquele colegiado com composição mais ampla, da maneira como prevista no regimento interno do tribunal.

c) Havendo necessidade de convocação de novos julgadores, assegurar-se-á o direito das partes e terceiros à sustentação oral direcionada àqueles (caput art. 942 NCPC). É de destacar-se que, ainda que prosseguindo o julgamento na mesma sessão (§1º art. 942), reabrir-se-á oportunidade aos advogados para novas sustentações orais, as quais estarão limitadas aos pontos divergentes expostos até então. Com efeito, se o propósito da técnica de julgamento é substituir os embargos infringentes, recurso que admitia sustentação oral sobre os temas divergentes, nada mais lógico que, numa interpretação teleológica e sistemática, assim seja feito no sistema atual.

d) Naturalmente que os que já votaram poderão rever seus votos, quando do prosseguimento do julgamento (§ 2º art. 942 e § 1º art. 941 NCPC).

e) Após a prolação dos votos dos novos julgadores, o Presidente anunciará o resultado do julgamento, conforme o posicionamento que for vitorioso (art. 941 NCPC).

Vê-se, pois, que esta *técnica de julgamento* cria certo desdobramento advindo da divergência entre magistrados nos tribunais. O certo é que, enquanto não completado o julgamento com a coleta dos votos dos novos julgadores, não estará prolatado o acórdão definitivo, até porque, conforme apregoadado pelo *caput* do art. 942 NCPC, poderá haver inversão do resultado inicial.

A partir daí, é viável registrar as seguintes ponderações quanto ao recurso especial:

- a) Ainda que ciente a parte dos votos já proferidos com divergência, inviável será o recurso especial enquanto não houver complementação do julgamento na forma do art. 942 NCPC. É que, sabidamente, o texto constitucional exige esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento do recurso especial, o que significa que, se em tal seara ainda é viável a inversão do resultado inicial, afigura-se açoitado acionar o Superior Tribunal de Justiça.
- b) Todavia, se interposto antecipadamente o recurso especial, e houver inversão do julgamento quando da complementação, obviamente que o insurgimento estará prejudicado por perda de interesse recursal. De outro lado, mantido o resultado inicial, o recurso poderá ser conhecido, se preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, pois o legislador não censura mais o chamado *recurso prematuro*, tendo em vista a clareza do art. 218 § 4º NCPC, para o qual “*será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo*”<sup>15</sup>.
- c) Se o tribunal, equivocadamente, deixar de impor a técnica de julgamento do art. 942 NCPC, haverá nulidade do acórdão respectivo<sup>16</sup>. Isso porque o acórdão é o julgamento colegiado (art. 204 NCPC), devendo tal deliberação conter a participação e assinatura (ainda que de forma eletrônica – art. 205 *caput* e § 2º NCPC) de todos os magistrados, sob pena de nulidade por inobservância do

---

<sup>15</sup> Na mesma linha de raciocínio, vê-se o art. 1024 § 5º NCPC, a dispensar a ratificação de recurso, se houver posterior julgamento de embargos declaratórios sem alteração da conclusão do julgamento anterior.

<sup>16</sup> Anote-se que a nulidade é insanável e inatingível pela preclusão, na medida em que compete ao presidente do órgão fracionado, **de ofício**, colher todos os votos (art. 941 *caput* NCPC), inclusive o (s) vencido (s) (art. 941 § 3º NCPC). E, se assim ocorre, a nulidade não se sujeitará à preclusão, *ex vi* do art. 278 par. único NCPC.

princípio constitucional do juiz natural. Nessa hipótese, será cabível recurso especial por ofensa ao multicitado art. 942 NCPC, devendo o STJ, em circunstância desse *juez*, impor ao tribunal de origem a complementação do julgamento, o que poderá, naturalmente, levar a uma inversão do resultado originário. O ideal, em casos tais, é que a matéria seja arguida, ainda no tribunal de origem, por embargos declaratórios, haja vista a manifesta nulidade, mas, ainda que essa etapa não seja observada, revela-se perfeitamente viável o recurso especial interposto diretamente, porquanto a matéria é de ordem pública. E, como aqui já estudado, o prequestionamento deixou de ser pressuposto para hipótese em que a matéria é de ordem pública, haja vista a opção do legislador em permitir o conhecimento desta, até mesmo *de ofício*, enquanto não se der o trânsito em julgado (art. 485 § 3º NCPC). Aliás, se o colegiado competente não proferir o acórdão integral, será cabível contra a decisão respectiva, depois de seu trânsito em julgado, até mesmo a excepcional ação rescisória (art. 966 II NCPC); com mais razão, impor-se-á a corrigenda por meio de recurso especial aviado no curso do próprio processo.

**b.3.2) *As decisões monocráticas e o recurso especial*** - A dicção constitucional é clara, ao apontar que o recurso especial cabe em “última instância”.

Em assim sendo, e ante a previsão do art. 932 *incs.* III a V NCPC, a decisão monocrática do relator de não conhecimento, provimento ou desprovimento não enseja o recurso especial. É que, contra essa decisão do relator, caberá o *agravo interno*, cuja previsão está contida no art. 1021 do NCPC.

Cite-se, como exemplo, a decisão do STJ, ainda na vigência do CPC revogado, no sentido de que, “se foram rejeitados monocraticamente os embargos de declaração- opostos contra o acórdão do Tribunal de origem decidindo a apelação, ainda seria possível ao recorrente a interposição do agravo previsto no art. 557, § 1º do CPC”, sendo que, “não esgotadas as instâncias ordinárias, não é possível a abertura da via especial (Sú-mula 281/STF)” (AgRG AI 384.495-DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 20.08.01).

Releva destacar que, diferentemente do código revogado, o atual, em seu art. 1021, ampliou o cabimento do agravo interno, de maneira que este será cabível contra toda e qualquer decisão monocrática do relator. Dessa forma, pode-se reafirmar, com clareza, a inviabilidade de qualquer decisão monocrática ser submetida, de imediato, ao recurso especial, uma vez que antes desta, a rigor, caberá o agravo interno.

**c) Fungibilidade entre recurso especial e recurso extraordinário** - Outro ponto de flexibilização específica quanto ao recurso especial está na adoção da fungibilidade entre ele e o recurso extraordinário.

Com efeito, há diversos temas que guardam afinidade com normas constitucionais e infraconstitucionais, ao mesmo tempo. Assim é que, por exemplo, a coisa julgada tem origem constitucional, mas é repetida em dispositivos do código de processo civil, do código civil e da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Esta previsão múltipla ocasiona insegurança, diante da escolha que deve fazer a parte – recurso especial (matéria infraconstitucional) ou recurso extraordinário (matéria constitucional).

Para superar estas confusões e outras situações de equívoco mesmo do recorrente, é que o legislador, agora, trouxe o art. 1.032:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Como se verifica, atento à primazia do mérito também no âmbito recursal, o legislador permite que o STJ, verificando a natureza constitucional do tema, aplique a fungibilidade. Vale dizer, nos termos do dispositivo acima transcrito, será oportunizado ao recorrente adaptar o recurso ao formato do recurso extraordinário. Em seguida ao cumprimento da diligência, será o feito encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Descumprida a diligência, por óbvio, o recurso especial não será admitido.

Não há exigência no dispositivo acima citado à inocorrência de erro grosseiro de parte do recorrente, ao contrário do que preconizava a jurisprudência sobre a fungibilidade recursal<sup>17</sup>. Ainda

---

<sup>17</sup> A Corte Especial do STJ firmou entendimento, no sentido de que “a interposição de recurso extraordinário em detrimento do recurso ordinário é erro grosseiro, não podendo incidir na espécie o princípio da fungibilidade - aplicável, em regra, quando há dúvidas sobre o recurso adequado” (STJ, AgRg no RE nos EDcl no MS 20.901/DF, Rel.Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 5/11/2014, DJe 27/11/2014).

A orientação estabelecida nesta Corte, embora admitindo a subsistência do princípio da fungibilidade no sistema processual em vigor, exclui a hipótese de erro grosseiro, admitindo-o somente nos casos de “fundada dúvida” e

que o recorrente num recurso especial, em manifesto equívoco, apegue-se a um dispositivo infraconstitucional com cláusula aberta, mesmo havendo previsão expressa constitucional sobre o tema, poderá o relator no STJ, a despeito do erro, proceder ao aproveitamento proposto pelo art. 1032 NCPC e encaminhar o feito ao Supremo Tribunal Federal.

De igual forma ocorrerá, se o Supremo Tribunal Federal entender que em determinado recurso extraordinário, na verdade, a matéria é sim infraconstitucional e, portanto, da competência do Superior Tribunal de Justiça. Assim é que, na dicção do art. 1.033 NCPC, “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Registre-se, por derradeiro, que, se o acórdão recorrido possuir fundamentos constitucional e infraconstitucional, ambos suficientes por si só para manter a conclusão exarada, o sucumbido interporá dois recursos concomitantemente (especial e extraordinário), em atenção à súmula 126 STJ<sup>18</sup> e à dualidade de competências nos tribunais superiores<sup>19</sup>. Não assim fazendo, inviável será, a pretexto de utilização da indigitada fungibilidade, apresentar nova peça recursal para corrigir sua omissão. É que o dispositivo em comento admite a fungibilidade, em tendo sido interposto recurso errôneo, mas tempestivo. Se a parte não se insurgiu contra determinado fundamento do acórdão, no prazo legal, ainda que pelo recurso errôneo, não lhe socorre a fungibilidade. Pensar de forma diferente seria ir além do que preconiza o princípio da primazia do mérito, e conceber a ideia de ser interposto novo recurso além do prazo legal em verdadeira ofensa à isonomia entre as partes e à segurança jurídica.

---

desde que satisfeitos os demais requisitos formais do recurso cabível (STF, RE 233734 ED-AgR, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 04/05/1999, DJ 27-08-1999 PP-00058 EMENT VOL-01960-04 PP-00671).

<sup>18</sup> E INADMISSIVEL RECURSO ESPECIAL, QUANDO O ACORDÃO RECORRIDO ASSENTA EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL, QUALQUER DELES SUFICIENTE, POR SI SO, PARA MANTE-LO, E A PARTE VENCIDA NÃO MANIFESTA RECURSO EXTRAORDINARIO.

<sup>19</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS SUFICIENTES E AUTÔNOMOS DA DECISÃO RECORRIDA. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Acórdão proferido em recurso de apelação, fundamentado em matéria constitucional e infraconstitucional. Interposição de recurso especial, tão somente. Subsistência do tema constitucional, autônomo e suficiente à manutenção do julgado da apelação. Consequência: preclusão. Não cabimento do recurso extraordinário supervenientemente interposto. II – Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 794707 CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15.08.2014).

#### **4. Conclusão.**

O recurso especial continua sendo de natureza política, assim visto como aquele insurgimento que tem em mira o interesse público, a residir na estabilização da jurisprudência e sua aplicação uniforme. Por isso suas hipóteses de cabimento estão limitadas na própria Constituição Federal.

Nesse ponto é que reside o rigor para ultrapassar o seu juízo de admissibilidade. Os pressupostos específicos de admissibilidade aqui estudados revelam o *quão* é difícil superar aquele exame preliminar.

É nessa quadra que se localiza o grande avanço imposto pelo código processual de 2015. Quis o legislador, sem qualquer desconformidade com os regramentos constitucionais, permitir a continuação do trabalho feito pelo STJ de uniformização jurisprudencial. Porém, mesmo nesse seu *múnus* público o STJ terá que se lembrar de haver, ainda que no plano secundário, interesses de litigantes em jogo, razão pela qual a primazia do mérito também terá espaço no recurso especial.

Derradeiramente, pode-se dizer que o recurso especial continuará submetido aos seus pressupostos específicos de admissibilidade. Mas terão que ser interpretados, doravante, como instrumento facilitador daquela função pacificadora do STJ, e não como mecanismo para implementar a horrenda *jurisprudência defensiva*, que aniquila esperanças, trai as regras do jogo processual e traz perplexidade a todos.

#### **Referências bibliográficas**

Recurso Especial, Luiz Fernando Valladão Nogueira, 2011, p. 2, ed. Del Rey.