



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**HERON TEIXEIRA JÚNIOR**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL:  
UM ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE PREVISTA PELO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 2015**

**BRASÍLIA**

**2017**

**HERON TEIXEIRA JÚNIOR**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL:  
UM ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE PREVISTA PELO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia ao Programa de Graduação em  
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e  
Sociais do Centro Universitário de Brasília  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

**BRASÍLIA**

**2017**

**HERON TEIXEIRA JÚNIOR**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL:  
UM ESTUDO SOBRE A POSSIBILIDADE PREVISTA PELO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia ao Programa de Graduação em  
Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e  
Sociais do Centro Universitário de Brasília  
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

Brasília, 2 de outubro de 2017.

**Banca Examinadora**

---

Prof. João Ferreira Braga, Dr.  
Orientador

---

Prof. Carlos Orlando Pinto, Me.  
Examinador

---

Prof. Salomão Almeida Barbosa, Me.  
Examinador

## AGRADECIMENTOS

*Dedico este trabalho à minha família e aos amigos de curso pelo apoio prestado durante sua confecção, bem como pela paciência, amor, carinho e incentivos constantes.*

*E um agradecimento especial, ao meu orientador, Professor João Ferreira Braga, pela paciência, colaboração e pelos conhecimentos transmitidos ao longo das orientações.*

*“A leitura faz do homem um ser completo; a conversa faz dele um ser preparado, e a escrita o torna preciso.”*

*Francis Bacon*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o instituto do recurso especial e da possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do mencionado recurso, exercer o controle difuso de constitucionalidade de lei federal. O propósito desta pesquisa, pois, é verificar a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, em que o STJ poderá julgar a questão constitucional em sede de recurso especial quando a ofensa for meramente reflexa à Constituição. Para tanto, no primeiro capítulo, foram tratadas as questões referentes ao recurso especial, que é o instrumento utilizado pela Corte Superior de Justiça na apreciação de violação à lei federal. No segundo capítulo, por sua vez, foram abordados pontos quanto à posição adotada pelo STJ em relação à impossibilidade de conhecimento de matéria constitucional suscitada em recurso especial. Por fim, no terceiro capítulo, foram dedicados estudos ao tema desse trabalho quanto à perspectiva da solução apresentada pelo CPC/2015 nos artigos 1.032 e 1.033.

**Palavras-chave:** Direito Processual e Constitucional. Recurso Especial. Controle difuso de Constitucionalidade. Código de Processo Civil de 2015. Possibilidade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. RECURSO ESPECIAL .....	11
1.1. Conceito.....	11
1.1.1. <i>Denominação do Recurso Especial</i> .....	12
1.2. Histórico .....	12
1.3. Natureza Jurídica .....	15
1.4. Disciplinamento Legal.....	17
1.5. Hipóteses constitucionais de cabimento .....	19
1.5.1. <i>“Contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência” (art. 105, III, a, CF/1988)</i> .....	20
1.5.2. <i>“Julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (art. 105, III, b, CF/1988)</i> .....	21
1.5.3. <i>“Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III, c, CF/1988)</i> .....	22
1.6. Procedimentos: Recurso especial e Recurso especial repetitivo .....	23
1.6.1. <i>Procedimento do recurso especial no tribunal de origem</i> .....	23
1.6.2. <i>Procedimento do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça</i> .....	31
1.7. Efeitos do Recurso Especial .....	33
1.7.2. <i>Do efeito translativo dos recursos</i> .....	33
1.7.1. <i>O efeito translativo no recurso especial</i> .....	35
1.8. Funções jurídico-políticas exercidas pelo STJ e o papel do recurso especial repetitivo na formação e estruturação dos precedentes .....	39
2. A POSIÇÃO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO A COGNIÇÃO DA MATERIA CONSTITUCIONAL EM RECURSO ESPECIAL .....	41
2.1. Preliminarmente: breves considerações a respeito da jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça (sob a égide do Código de Processo Civil de 1973) em relação aos recursos especiais que veiculassem controvérsia de ordem constitucional.....	41
2.2. Anotações à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: não conhecimento dos recursos especiais que veiculassem controvérsia de ordem constitucional, ainda que referente à tese de violação reflexa.....	42
2.2.1. <i>A necessidade de se reservar ao Supremo Tribunal Federal a competência para avaliar teses de violação direta à Constituição da República</i> .....	44
2.2.2. <i>O ponto nodal da jurisprudência: a uniformização do direito federal – amplamente constitucionalizado – desprovida de reflexões constitucionais dentro de um Estado Constitucional</i> .....	46
2.2.3. <i>Consequências processuais aplicadas ao recurso especial que veiculasse controvérsia de ordem constitucional: negativa de prestação jurisdicional?</i> .....	47
3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREVISÃO DE FUNGIBILIDADE ENTRE O RECURSO ESPECIAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA MUDANÇA DE RUMOS PROCLAMADA PELA NOVEL LEGISLAÇÃO.....	52
3.1. O novo Código de Processo Civil e as inovações estabelecidas pelos artigos 1.032 e 1.033: a fungibilidade entre as vias recursais extraordinárias .....	52
3.1.1. <i>O procedimento estatuído pelos dispositivos processuais em questão</i> .....	53
3.1.2. <i>Poderes do relator no Superior Tribunal de Justiça para identificar a natureza do tema constitucional</i> .....	55
3.1.3. <i>A fungibilidade recursal e a ampliação do acesso à jurisdição extraordinária</i> .....	56

3.2. A previsão do artigo 1.033 do CPC/2015 e a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça alterar a sua jurisprudência em torno da cognição do tema constitucional .....	57
3.3. Expectativas possíveis sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça a partir dos comandos previstos nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015.....	61
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS .....	67



## INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica todos os anos o Relatório Justiça em Números, na busca de gerar transparência da atuação dos órgãos do Poder Judiciário. Com a divulgação da 13ª edição deste relatório referente ao ano-base 2016, que se trata do mais recente publicado pelo Conselho, apresenta o número de processos em tramitação no Brasil que chegou a casa 79,7 milhões<sup>1</sup>, com uma despesa ao Poder Judiciário no montante de R\$ 84,8 bilhões de reais.<sup>2</sup>

Nesse relatório, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apresenta o número expressivo de 67.196 (sessenta e sete mil e cento e noventa e seis) processos em sede de recurso especial que representam 20,09% do total de processos em tramitação nesta Corte.<sup>3</sup>

Diante desse cenário é que se levanta a discussão envolvida neste trabalho, o qual está relacionado à possibilidade de controle incidental de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso ocorre devido ao recurso especial possuir o efeito translativo, no qual permite a apreciação de incidente constitucional que, em regra, por possuir matéria de ordem pública, deva ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Essa expressão “em regra” reforça a posição firmada nesse trabalho pela possibilidade do controle constitucional ser realizado pelo STJ.

Na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), é possível identificar sua influência nesse debate quando superada a admissibilidade do recurso especial e, por isso, teria o STJ a viabilidade de analisar o incidente de constitucionalidade da norma.

Esse entendimento é construído pela leitura do CPC, em que pelo seu regramento dispõe que o STF ou STJ aplicam o direito, após admitir, respectivamente, o recurso extraordinário ou recurso especial, conforme preceitua o artigo 1.034 do CPC.

Assim, a norma processual busca reforçar os preceitos já positivados na Súmula 456 do STF e no artigo 255, § 5º, do Regimento Interno do STJ, pois encorpa a essa aplicação das questões de fato e de direito que devido sua relevância possibilita a solução da matéria recursal e, dessa forma, enche de força o papel destes Tribunais como revisores.

---

<sup>1</sup> Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. p. 17.

<sup>2</sup> Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. p. 33.

<sup>3</sup> Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. p. 355.

Ademais, o legislador sinalizou no CPC/2015 sua opção pela defesa do efeito devolutivo amplo no âmbito do recurso extraordinário e especial para que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tratem da questão de constitucionalidade. Com esta visão, o STJ, em sede de recurso especial poderá fazer a análise de constitucionalidade da questão de ordem pública.

Em análise dos artigos 1.032 e 1.033 da nova lei processualista civil é possível ver uma solução para o controle de constitucionalidade, dado a sistemática de tramitação do recurso extraordinário e recurso especial, no qual mesmo o relator no STJ cumprindo as diligências necessárias para em seguida remeter o recurso especial sobre questão constitucional ao STF, poderá a Suprema Corte remeter a Corte Superior de Justiça por entender que o recurso tem mera ofensa reflexa a Constituição.

Não obstante, a nova legislação processualista civil apresentar essa previsão, dificilmente colocará fim ao debate. Porém, evidencia a vontade do legislador pelo amplo efeito devolutivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Nessa linha, defende-se a análise da questão constitucional, quando a violação à Constituição de forma reflexa, pela Corte Superior.

Além disso, os dois dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 vistos recentemente reforçam a aplicabilidade do princípio recursal da fungibilidade dada ao recurso extraordinário e recurso especial, com o objetivo de evitar o afastamento da apreciação de mérito recursal pelo STJ por entender que praticava interferência no contencioso constitucional, e logo após, o STF entendendo que se trata de mera ofensa reflexa à Constituição Federal.

Outro ponto relevante nessa questão dá-se pelo texto da Súmula n. 126 do STJ, porque a parte recorrente promove o recurso extraordinário paralelo ao recurso especial, ao visualizar uma questão constitucional no acórdão recorrido. Essa atitude da parte evita os transtornos na situação do especial por não ser reconhecido.

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015 parece solucionar esta parte com a aplicação do princípio da fungibilidade. Assim, o STJ entendendo existir no mérito recursal questão de constitucionalidade, remeterá ao STF por meio da conversão do especial em

extraordinário, após respeitar a abertura de prazo ao recorrente para aditamento quanto à repercussão geral e sobre a matéria constitucional.

Doravante, surge o questionamento se essas alterações vistas fortalecem ou enfraquecem o controle difuso pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial.

Esta questão poderá ser resolvida se entendermos que o ministro do STJ tem competência para aquilatar o nível de violação à Constituição Federal. Ao identificar como reflexa, a providência do art. 1.032, torna-se desnecessária.

Nessa observação, mitigaria qualquer aparente conflito de competência que poderia surgir entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. No entanto, apresenta-se a seguinte indagação: As mudanças vistas e apresentadas pelo Código de Processo Civil 2015 estariam promovendo o caminho para a realização do controle difuso pelo Superior Tribunal de Justiça?

A partir dessas informações e do questionamento levantando nessa breve introdução, o presente trabalho passará ao entendimento necessário sobre o recurso especial, para, assim, debruçar-se sobre a problemática apresentada.

## 1. RECURSO ESPECIAL

### 1.1. Conceito

Antes mesmo de buscar a conceituação do recurso especial, faz-se necessário compreender sua localização no artigo 105, inciso III da Constituição Federal de 1988 que trata da seção a respeito do Superior Tribunal de Justiça como órgão do Poder Judiciário e, no quadro geral dos recursos previstos no artigo 994 do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que sua posição se encontra após o recurso ordinário e antes do recurso extraordinário.<sup>4</sup>

A mencionada organização legislativa tem explicação intuitiva que advém da leitura do artigo 1.031, *caput* também do CPC/2015, em que reforça a remessa ao STJ dos autos referentes aos recursos extraordinário e especial quando são promovidos simultaneamente. Nessa perspectiva, extrai-se a preferência de apreciação de conteúdos tendo como primeiro as questões federais e posteriormente as constitucionais.<sup>5</sup>

Além disso, na estrutura da legislação processualista civil de 2015, o recurso especial está disposto na Seção II (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial) do Capítulo VI (Dos Recursos para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça) do Título II do Livro III da Parte Especial.<sup>6</sup>

Assim, o recurso extraordinário, também chamado por recurso excepcional ou recurso de superposição é gênero que tem como espécies o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal como previsto no artigo 102, inciso III da Constituição Federal de 1988 e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça conforme o artigo 105, inciso III, também da Constituição Federal.<sup>7</sup>

Destarte, as espécies de recurso extraordinário e recurso especial carregam seu material genético as características do antigo recurso extraordinário.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 908.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 908.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 908.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 305.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 908.

Dessa forma, o recurso especial é resultado de uma divisão das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário que ocorriam antes da Constituição Federal de 1988, no qual possibilitava a impugnação da decisão judicial que violava à Constituição da República e à legislação federal. Contudo, a Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal Justiça, assim sendo, as possibilidades de cabimento do recurso extraordinário foram divididas entre competência do STF e STJ, o que demonstra ser o recurso especial uma espécie do recurso extraordinário.<sup>9</sup>

### *1.1.1. Denominação do Recurso Especial*

A terminologia utilizada para dar nome ao recurso especial tem sua grandeza como em outras ciências. Dessa maneira, não poderia ser diferente no âmbito do direito, atendendo a sua finalidade que será explorada mais a frente. Mesmo de forma tímida, foi visto, anteriormente, que o recurso especial derivou do recurso extraordinário, ou seja, o adjetivo “especial” advém por ser espécie do gênero “extraordinário”, pois parte das atribuições do Supremo Tribunal Federal teve seu deslocamento para competência em sede de recurso no Superior Tribunal de Justiça.<sup>10</sup>

Isso não fez do Superior Tribunal de Justiça um terceiro grau de jurisdição, pelo menos em princípio, porque a ele foi atribuída a função constitucional de conhecer e julgar questões de direito federal em sede do recurso especial.<sup>11</sup>

## **1.2. Histórico**

A visão política da República, com seu alicerce na forma federativa, tinha em sua estrutura a exigência da criação de uma Justiça Federal e de uma Justiça Ordinária (Comum). Nos moldes da Suprema Corte norte-americana, confiou ao novo tribunal supremo brasileiro a tríplice função de órgão recursal da Justiça Federal, órgão uniformizador da aplicação do direito federal e órgão guardião da supremacia pela CF/1891. No entanto, esse modelo sobrecarregou de tal maneira o tribunal de recursos e processos que provocou a crise do

---

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 306.

<sup>10</sup> SOUZA, 1995 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 913.

<sup>11</sup> SANTOS, 1991 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 913.

Supremo Tribunal Federal, embora esse número de demandas seja bem inferior do que é visto hoje no tribunal.<sup>12</sup>

Em seu estudo sobre recurso extraordinário com publicação em 1963, José Afonso da Silva recomendou a criação de um tribunal superior para que pudesse resolver a crise, com posição semelhante ao Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho, com o objetivo de expressar as palavras do jurista da melhor forma, segue sua recomendação:<sup>13</sup>

“[...] falta um Tribunal Superior correspondente ao TSE e ao TST para compor as estruturas judiciárias do direito comum, do direito fiscal federal e questões de interesse da União e do direito penal militar [...]. Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça, por uma questão de uniformidade terminológica relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional e militares: a) quando a decisão recorrida fosse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal, e a decisão recorrida aplicasse a lei ou ato impugnado; c) quando na decisão recorrida a interpretação de lei federal invocada fosse diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida.”

E já nas conclusões de seu estudo, Silva propôs a nomenclatura de “recurso especial” ao remédio que tem a finalidade de “assegurar a unidade e a incolumidade do direito objetivo federal, inclusive a uniformidade de sua interpretação”.<sup>14</sup>

Em outro momento, já em 1965, houve a recomendação para a criação de um único tribunal com a competência em instância federal de apreciar matérias que não fossem de matéria constitucional, como por exemplo, os mandados de segurança e *habeas corpus* originários contra atos dos Ministros de Estado, e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal e estadual.<sup>15</sup> Com esta mesma ideia, Theotonio Negrão, chama o referido órgão de “Tribunal Superior de Justiça”, mas também de “Superior Tribunal de Justiça”.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 908.

<sup>13</sup> SILVA, 1963 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 909.

<sup>14</sup> ASSIS, op. cit., p. 909.

<sup>15</sup> Relatório-Mesa Redonda sobre “Reforma do Poder Judiciário”, 1965 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 909.

<sup>16</sup> NEGRÃO, 1987 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 909.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Superior Tribunal de Justiça na forma recomendada pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto 91.450, de 18.07.1985, e incorporou o tribunal superior de competência originária, recursal ordinária e recursal extraordinária, como percebido na redação dos incisos de I a II do artigo 105, da CF/1988.<sup>17</sup>

O Superior Tribunal de Justiça foi instituído com a função principal de “proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional”.<sup>18</sup> Para esse ofício, surgiu o recurso especial que inicialmente confundiu-se com o recurso extraordinário tornando-se pouco promissora para seu objetivo de proporcionar rapidez e desafogo do judiciário. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça não conseguiu solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal que persistiu invencível.<sup>19</sup>

Como última tentativa de solucionar a crise, estabelece o instituto da repercussão geral prevista no artigo 102, §3º, da CF/1988. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça passou a viver a mesma crise instaurada no Supremo Tribunal Federal, impondo ao recurso especial o mesmo suplício de Sísifo.<sup>20</sup> Nas palavras de Moreira Alves, retrata o cenário atual do poder judiciário brasileiro, como transcrito a seguir<sup>21</sup>:

“Não há Corte alguma que, sem algumas centenas de juízes, possa julgar, em terceiro grau de jurisdição, todas as questões de direito já apreciadas pelo duplo grau de jurisdição ordinária, aplicando, ademais, ao caso concreto, a interpretação dos textos legais pertinentes que se lhe afigura melhor”.

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro têm-se abaixo do Superior Tribunal de Justiça os tribunais de segundo grau de jurisdição que são os Tribunais de Justiça no âmbito da Justiça Comum e os Tribunais Regionais Federais no âmbito da Justiça Federal. Essa organização judiciária teve um crescimento expressivo que em parte advém do recebimento de numerosas demandas judiciais que nada mais reflete a vontade da população para submeter seus conflitos à justiça.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 88.

<sup>18</sup> BARBOSA MOREIRA, 2005 apud Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 910.

<sup>19</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 910.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.910.

<sup>21</sup> MOREIRA ALVES, 1990 apud Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 910.

<sup>22</sup> ASSIS, op. cit., p. 910.

Diversos fatores explicam essa postura da população brasileira, como a complexidade das relações sociais, a desigualdade, o ânimo para litigar, a ausência de riscos financeiros na eventual derrota do autor, a gratuidade da justiça, o número crescente de representantes judiciais habilitados.<sup>23</sup>

Essa repartição de competência entre os tribunais, Superior Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça gera alguns problemas de ordem prática que apesar de serem pouco decisivos, realçam a problemática exposta e devido à preocupação, provocam sugestões reformistas.<sup>24</sup> Um desses pontos encontra-se no mesmo provimento: caber os recursos extraordinário e especial. De acordo com seus pressupostos específicos, exige-se uma coordenação para suas modalidades. Isso foi percebido, como bem ressaltado por Moreira Alves, quando o recurso especial e o extraordinário são interpostos simultaneamente para serem, então, apreciados sucessivamente<sup>25</sup>, por não prever o deferimento do recurso especial, toma-se a atitude de apresentar juntamente o recurso especial, o que ocasiona maior duração do processo.

Ainda com a disciplina em conjunto dos recursos, percebe-se a necessidade de interposição de ambas, devido a uma visão pouco acessível, e, com isso, leva-se ao entendimento de que seu tratamento separado confere clareza ao tema.<sup>26</sup>

### 1.3. Natureza Jurídica

O recurso especial é tratado como valioso instrumento para proteção da integridade e uniformidade no sistema de integração da legislação infraconstitucional,<sup>27</sup> sendo o remédio que viabiliza o Superior Tribunal de Justiça como defensor do direito federal.<sup>28</sup>

Nesse viés, a justiça ordinária, ou comum, que é administrada pelos Estado-membros, vem aplicando o direito federal na maioria dos seus casos de sua competência. No entanto, não há somente a matéria de direito material regulada na análise de via do recurso especial

---

<sup>23</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 910.

<sup>24</sup> MOREIRA; NOVAIS, 2011 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 910-911.

<sup>25</sup> MOREIRA ALVES, 1990 apud Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 911.

<sup>26</sup> ASSIS, op. cit., p. 911.

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, 2005 apud Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 911.

<sup>28</sup> VELLOSO, 1991 apud Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 911.



que é tratada como vício de juízo (*error in iudicando*), mas também o direito processual, ou chamado erro de atividade (*error in procedendo*), que, por sinal, são cometidos aos milhares tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Comum.

Ambos os erros mencionados constituem matéria apropriada para a interposição do recurso especial. Com essa percepção, entende-se o surgimento da crise que agora é do Superior Tribunal de Justiça, e isso advém das numerosas questões federais apresentadas em cada processo, provocando, assim, o surgimento de uma solução, no qual foi apresentado o regime dos recursos especiais repetitivos que mais a frente será tratado nesse trabalho.<sup>29</sup>

Com o federalismo brasileiro, o modelo constitucional implementado, jamais abdicaria da supremacia do direito federal em sua esfera de competência. Desse modo, não pode falar que o direito federal seja superior ao direito local, dado as matérias de competência que a Constituição Federal de 1988 reservou aos Estados-membros, como por exemplo, a organização pessoal do entente federativo. Ainda mais, após o Supremo Tribunal Federal manifestar sobre o tema da seguinte forma: “A interpretação de normas locais, pelo Tribunal local, é feita de forma soberana”.<sup>30</sup>

Por esse motivo, o federalismo brasileiro tem como tarefa inerente a preservação da integridade do direito federal, tendo por meio do recurso especial o seu mecanismo de uniformizar a interpretação nos tribunais locais e regionais. Com esta visão, o recurso especial é visto como recurso de cassação porque não discute a justiça no caso concreto, mas tão somente a questão da observância da lei federal, buscando com isso a sua jurisprudência nos tribunais.<sup>31</sup>

O recurso especial, além de preservar a integralidade do direito federal, seria o mecanismo necessário para garantir a uniformidade da interpretação da legislação infraconstitucional na atuação dos tribunais locais e regionais. Sob esse aspecto, o recurso especial não tem primordialmente o interesse de fazer justiça no caso concreto, mas de assegurar a observância das leis e regular a jurisprudência.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 911-912.

<sup>30</sup> 2ª T. do STF, AI-AgR 568.721-SP, 13.12.2005, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 24.02.2006, p.44. No mesmo sentido, 1.ª T. do STF, RE-AgR 460.222-AM, 16.05.2006, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 23.06.2006, p. 50 apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 912.

<sup>31</sup> ASSIS, op. cit., p. 912.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 912.

No entanto, somente por tais bases, o recurso especial não atingiria sua finalidade, haja vista as divergências de peculiaridades locais, que, de forma natural, provoca contrariedade à lei federal, como, por exemplo, provimento que julga válido ato administrativo do governo local perante a aplicabilidade de lei federal. Assim, buscava-se limitar o cabimento do recurso especial como ocorre o acesso de demandas a Suprema Corte norte-americana, no qual seria pela transcendência e o recebimento daria pelo voto de no mínimo quatro ministros de um total de nove. Dessa maneira, a Corte teria condições de julgar somente casos grandes, dando origem à repercussão geral.<sup>33</sup>

Há também o entendimento de que a Corte de Justiça teria de se abster do controle de acórdãos recorridos para assim estabelecer o sistema de precedentes.<sup>34</sup> No entanto, essa discussão centraliza as decisões judiciais e provocam grandes incômodos nos órgãos judiciários inferiores, pois lhe retiram a independência jurídica nas suas decisões.<sup>35</sup>

Aludida solução encontra-se no Código de Processo Civil de 2015 ao subordinar os órgãos inferiores aos precedentes firmados nos casos repetitivos, seja em incidentes de solução de demandas repetitivas, como também no julgamento de recursos especiais repetitivos que também será estudado mais a frente neste trabalho.<sup>36</sup>

#### **1.4. Disciplinamento Legal**

Em uma visão geral, tem-se que os atos processuais possuem uma carga cognitiva, mesmo que em patamares diferentes. Por esse motivo, dá-se a importância à compreensão em todo o processo moderno, tanto que as espécies existentes de processo como conhecimento e execução têm suas próprias bases de cognição.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 833-930.

<sup>34</sup> MITIDIERO, apud ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 912.

<sup>35</sup> ASSIS, op. cit., p. 912.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 912-913.

<sup>37</sup> DIDIER JR., 2011 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. *Âmbito Jurídico*, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

Não sendo diferentes nos recursos que possuem de uma forma mais clara, dois momentos de cognição são visualizados no juízo de admissibilidade e outro no juízo de mérito. Dito isso, em regra, porque terá sua variação a depender da espécie recursal.<sup>38</sup>

Assim, faz-se importante levantar que dentre as espécies de recurso, este trabalho busca o estudo do recurso especial sendo uma espécie do Recurso Extraordinário e, por isso, possui características próprias.

Antes, ressalta-se que o recurso especial, advém da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, que buscou dividir as hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário de competência do Superior Tribunal Federal, que recebia as impugnações por este recurso, nas violações às leis federais, com objetivo de aliviar o crescimento de recursos na Suprema Corte.<sup>39</sup>

O Recurso Especial tem sua previsão na Constituição Federal de 1988, como a seguir<sup>40</sup>:

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.

[...]

Como visto no dispositivo acima, o recurso especial tem sua fundamentação vinculada pelas matérias elencadas no texto constitucional para servir como causa de pedir do recurso. Assim, busca-se dizer que as alíneas do artigo 105 da Constituição Federal enfatizam as matérias que permitem serem arguidas em sede de recurso especial.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>39</sup> RODRIGUES, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2017.

<sup>41</sup> REIS; MIRANDA, op. cit., p. 1-10.

No entanto, com o recurso especial não significa que exista o terceiro grau de jurisdição, porque no sistema judicial brasileiro existem somente dois graus de jurisdição que são responsáveis pela tutela subjetiva das partes pela sua via direta (imediate).<sup>42</sup>

Ademais, como visto, o Superior Tribunal de Justiça tem competência constitucional para conhecer e julgar o recurso especial, com a finalidade direta de pacificar a jurisprudência com relação à norma infraconstitucional e indireta na tutela dos interesses de uma das partes.<sup>43</sup>

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça não terá a preocupação no reexame probatório, como descreve a Súmula n. 7 da Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Isso ocorre porque o recurso especial é de fundamentação vinculada, no qual não está previsto o reexame probatório nos enquadramentos listados, o que provocaria um desvirtuamento da missão do Superior Tribunal de Justiça que é a pacificação da jurisprudência em norma infralegal.<sup>44</sup>

### **1.5. Hipóteses constitucionais de cabimento**

O recurso especial tem suas hipóteses de cabimento previstas no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que faz referência à decisão proferida, em única ou última instância, por Tribunal Regional Federal, por Tribunal de Justiça Estadual ou do Distrito Federal ou Territórios.<sup>45</sup>

Com essa base, o dispositivo mencionado faz referência expressa que a decisão proferida seja de tribunais, em última instância ou única instância. Devendo assim, ter manifestação de um colegiado, o que afasta a decisão isolada de relator. Reforça o cabimento do recurso especial contra acórdão.<sup>46</sup>

O referido inciso III do artigo 105 da Constituição Federal traz as três hipóteses de cabimento do recurso especial que trata da ofensa a tratado ou lei federal, o julgamento válido

---

<sup>42</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>43</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>44</sup> BARIONI, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>45</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 343.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 343.

de ato do governo local em detrimento de lei federal e, por fim, atribuírem à lei federal interpretação diferente da que outro tribunal lhe tenha dado. Cada uma delas serão vistas a seguir.<sup>47</sup>

#### 1.5.1. "Contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência" (art. 105, III, a, CF/1988)

O subtítulo traz a literalidade de texto Constitucional, como sendo a primeira hipótese de cabimento do recurso especial.

Antes de iniciar o tratamento dessa hipótese, é preciso verificar a abrangência que o termo "contrariar" possui em relação ao outro que é "negar vigência".<sup>48</sup>

De posse dessa visão, tem-se que o termo contrariar significa qualquer ofensa ao texto legal, ou seja, deixar de aplicá-lo as hipóteses de maneira mais ampla, como na sua aplicação de forma errônea ou até mesmo de modo inadequado.<sup>49</sup>

Assim, contrariar tem a capacidade de ser o termo maior porque acaba compreendendo o negar-lhe vigência. Nessa perspectiva, a inadequada interpretação é considerada uma contrariedade da lei, mas é afastada a situação de negativa da sua vigência.<sup>50</sup>

A dissensão que pode surgir em função da semelhança dessas expressões deve-se ao fato que elas estavam contidas no texto da Constituição Federal de 1967, em seu artigo 119, III, 'a' que detinha a seguinte redação: "a) contrariar dispositivos desta Constituição Federal ou negar vigência de tratado ou lei federal". Esse dispositivo cuidava da hipótese de cabimento do recurso extraordinário, observa-se com isso que o recurso extraordinário tinha a competência de apreciar questões de lei federal que passaram a ser do recurso especial com a criação do Superior Tribunal de Justiça.<sup>51</sup>

No período de vigência da Constituição Federal de 1967, o termo "contrariar" tratava do controle difuso de questão constitucional e outro vocábulo "negar vigência" cuidava da questão de lei federal. No entanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe as duas expressões

---

<sup>47</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 343.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 344.

<sup>49</sup> PINTO, 2001 apud DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 344.

<sup>50</sup> DIDIER JR.; CUNHA, op. cit., p. 344.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 344.

para seu texto que regula o controle de infraconstitucional para a competência do STJ, no qual passou a ter o entendimento no início desse subtítulo.<sup>52</sup>

O recurso especial é cabível quando o acórdão contrariar ou negar vigência a dispositivo de tratado ou lei federal. Portanto, o recurso especial deve ser admitido no caso de interpretação de tribunal local; porque, aquela dada pelo STJ é considerada autêntica da legislação infraconstitucional.<sup>53</sup>

A expressão, lei federal, tem abrangência dos seguintes diplomas normativos: lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal e decreto autônomo federal.<sup>54</sup>

Logo, outros diplomas ou instrumentos normativos não poderão sofrer análise via recurso especial, como por exemplo, a ofensa constante em portaria, instrução normativa, resolução, circular, decreto-legislativo, parecer normativo, etc.<sup>55</sup>

Por conseguinte, é o entendimento no caso de violação de regimento interno de tribunal. Não há cabimento de recurso especial, como se extrai da Súmula n. 399 do Superior Tribunal Federal, quando tinha a competência no julgamento de questão de lei federal por via do recurso extraordinário: “Não cabe recurso extraordinário por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal”.<sup>56</sup>

*1.5.2. “Julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (art. 105, III, b, CF/1988)*

O subtítulo traz a literalidade de texto Constitucional, como sendo a segunda hipótese de cabimento do recurso especial.

---

<sup>52</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 344-355.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 345.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 345.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 345.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 346

A segunda hipótese de cabimento do recurso especial retrata a situação da prevalência de ato de governo local em detrimento de lei federal. Com isso, o acórdão quando julga válido o ato de governo local, possivelmente viola a lei federal.<sup>57</sup>

Assim, quando o tribunal julga válido o ato administrativo, tem por possível consequência imediata a violação da lei federal, que surge o cabimento do recurso especial para que o STJ manifeste-se sobre a questão infraconstitucional.<sup>58</sup>

*1.5.3. "Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal" (art. 105, III, c, CF/1988)*

Novamente, o subtítulo transcreve a terceira hipótese de cabimento do recurso especial prevista na alínea c, inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Retrata a hipótese por divergência jurisprudencial, necessitando para isso, que a divergência decorra de tribunais diversos. Dito de outra maneira, o recurso especial não é cabível nessa hipótese quando a divergência decorre dentro do próprio tribunal.<sup>59</sup>

Assim, no caso de tribunais diferentes que tenham como base normas gerais diversas aplicáveis a casos semelhantes, será necessária a intervenção do STJ para dirimir essa divergência e estabelecer a jurisprudência a ser seguida pelos tribunais, como também a comunidade jurídica.<sup>60</sup>

Para a interposição do recurso especial nessa hipótese, deverá o recorrente comprovar a divergência dos tribunais com a demonstração de ambos os acórdãos, sendo o recorrido e o paradigma.<sup>61</sup>

A comprovação tem por objetivo mencionar a semelhança dos casos, o que nada mais é a praxe forense, buscando com isso, demonstrar que foram utilizadas teses opostas.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 346.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 347.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 347.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 347.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 347.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 348.

Pode-se perceber que essa hipótese de interposição de recurso especial é autônoma. Em outras palavras, não cabe hipótese da alínea ‘a’ no caso de divergência jurisprudencial, porque estaria esvaziando o conteúdo de comando constitucional previsto na alínea ‘c’.<sup>63</sup>

A previsão normativa constitucional sobre a alínea ‘c’ vem para reforçar que o Superior Tribunal de Justiça é tribunal uniformizador da interpretação de lei federal para que, assim, forneça paradigmas que possibilitam as decisões judiciais serem mais previsíveis, reduzindo com isso a insegurança jurídica.<sup>64</sup>

### **1.6. Procedimentos: Recurso especial e Recurso especial repetitivo**

O procedimento do recurso especial desdobra-se em duas fases: a primeira no tribunal de origem e a segunda no Superior Tribunal de Justiça. Haja vista, a ocorrência de sua interposição dar-se no tribunal *a quo*, a cargo do Presidente ou Vice-Presidente, para que realize o primeiro juízo de admissibilidade, cuja última palavra posteriormente caberá ao Superior Tribunal de Justiça como juízo *ad quem*.<sup>65</sup>

No entanto, caberá agravo contra decisão do tribunal *a quo* que julgar inadmissível o recurso especial. Este agravo seguirá juntamente nos próprios autos do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça. Aqui nasce uma crítica na qual o Código de Processo Civil poderia ter aproveitado a nova sistemática processualista brasileira para admitir somente a interposição de recurso especial diretamente no Superior Tribunal de Justiça, promovendo com isso um juízo de admissibilidade único.<sup>66</sup>

#### *1.6.1. Procedimento do recurso especial no tribunal de origem*

O procedimento do recurso especial no tribunal de origem será estudado com o olhar sob o juízo de admissibilidade que entrega a matéria recursal em condições para análise do seu juízo de mérito.

---

<sup>63</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 349.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 349.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 943.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 943.



O recurso especial passa por dois momentos: o primeiro, de forma prévia, terá o juízo de admissibilidade que busca verificar os requisitos necessários para aceitação do recurso e, em segundo, com a apreciação do mérito.<sup>67</sup>

Antes de avançar para os requisitos do juízo de admissibilidade do recurso especial, faz-se necessário ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê no juízo *a quo* a realização do juízo de admissibilidade do recurso oferecido porque a ele cabe receber a impugnação pela via recursal das decisões que proferir. Depois, deve-se encaminhar ao juízo *ad quem*, os autos para que assim, possa realizar seu juízo de admissibilidade e, após, a análise, a análise do mérito recursal.<sup>68</sup>

No entanto, caso o órgão de origem entenda pela inadmissibilidade do recurso, caberá ao recorrente a interposição de um agravo nos autos para que provoque o encaminhamento do recurso ao Superior Tribunal de Justiça para que a inadmissibilidade do recurso pelo órgão *a quo* jamais vincule o órgão *ad quem*, o que permite este entender pela admissibilidade.<sup>69</sup>

Dentre os requisitos no juízo de admissibilidade do recurso, a legitimidade é um deles, até porque, como o recurso é a continuação do exercício do direito de ação, faz-se necessário preenchê-lo para ajuizar a impugnação.<sup>70</sup>

Dada a exigência, a lei processual civil elencou a legitimidade para recorrer como está no artigo 996<sup>71</sup>:

“Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.”  
[...]

Outro requisito importante do legitimado é apresentar seu interesse na via recursal, porque o recurso interposto deve melhorar sua situação fática. Caso isso não seja demonstrado, estará ausente seu interesse em recorrer da decisão.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> JORGE, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>68</sup> JORGE, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>69</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 1-10.

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

O interesse recursal encontra-se na relação de utilidade e necessidade do recurso. A utilidade está na possibilidade de o recurso melhorar a situação do recorrente e, a necessidade demonstra que o recurso é a única maneira de quem recorre possa obter sua pretensão.<sup>73</sup>

Por conseguinte, levanta-se uma interessante questão quando o acórdão impugnado apresenta fundamento infraconstitucional e constitucional capaz de manter a decisão. Perante a situação, o interessado deverá interpor recurso especial e extraordinário para impugnar as matérias que sustentam o acórdão. Assim, na interposição de um desses recursos, não será reconhecido o interesse recursal devido a ausência de sua utilidade ao interessado.<sup>74</sup>

Assim, é extraído dos enunciados das Súmulas 126 do Superior Tribunal de Justiça<sup>75</sup> e 283 do Superior Tribunal Federal<sup>76</sup>, como a seguir:

Súmula 126 do STJ. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

Súmula 283 do STF. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Além da necessidade de ser parte legítima e possuir o interesse na via recursal, o recorrente deve interpor o recurso dentro do prazo para atender outro requisito que é da tempestividade.<sup>77</sup>

O prazo para o recurso especial é de quinze dias, conforme prevê o artigo 1.003, §5º, do CPC/2015<sup>78</sup>:

<sup>72</sup> MEDINA; WAMBIER, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>73</sup> NERY JR., 2004 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>74</sup> NERY JR., 2004 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 126. Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27126%27>>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 283. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=283.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 14 set. 2017.

<sup>77</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>78</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

“Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.”.

[...]

“§ 5o Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.”.

[...]

No juízo de admissibilidade recursal, será feita a verificação da inexistência de preclusão lógica como ocorre no juízo de admissibilidade do processo. Nesses termos, o poder de recorrer será conferido quando não estiver presente fato impeditivo ou extintivo para procedência do recurso.<sup>79</sup>

Outro ponto no juízo de admissibilidade refere-se a regularidade formal que deve ser tratada em cada espécie de recurso. No recurso especial, o recorrente deve preocupar-se com a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e por fim, as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida, conforme previsto no artigo 1.029 do Código de Processo Civil<sup>80</sup>:

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.”

[...]

O recorrente deve preparar o recurso na sua interposição com uma carga financeira que compreende as custas processuais, porte de remessa e retorno dos autos. Este requisito deve ser comprovado quando o recurso é interposto, pois seu não atendimento provocará a inadmissibilidade do recurso, exceto quando o recorrente possui o benefício da isenção que pode ser prevista em lei como o Ministério Público, ou pela própria concessão da justiça gratuita.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>80</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

<sup>81</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

No entanto, o §2º do artigo 1.007 do Código de Processo Civil de 2015, admite a complementação do preparo pela parte, no prazo de 5 (cinco) dias após a sua intimação, para evitar que o recurso tornar-se deserto, devido a insuficiência de valor.<sup>82</sup>

Os requisitos de admissibilidade do recurso têm sua relevância, porque com a falta de um deles é suficiente para provocar a inadmissão do recurso. Contudo, há requisitos com uma complexidade maior, como por exemplo, o cabimento do recurso especial.

Percebe-se que no cabimento do recurso especial há condições genéricas e outras específicas. Dentre as condições genéricas, tem-se o esgotamento das instâncias ordinárias, haja vista que o recurso especial terá seu cabimento contra a decisão que tiver sua causa julgada em última ou única instância. Em outras palavras, caso a decisão não tenha colocado fim a discussão nas instâncias ordinárias, não será cabível o recurso especial.<sup>83</sup>

Mais um requisito genérico quanto ao cabimento do recurso especial é a exigência do prequestionamento para admissibilidade do recurso. Tal exigência busca provocar a análise pelo órgão *a quo* para que a decisão recorrida tenha enfrentado a matéria e, com isso permitindo que a decisão seja questionada em sede de recurso especial.<sup>84</sup>

Com o esgotamento das vias ordinárias supre o requisito do prequestionamento, pois faltou-lhe essa análise. Assim, no acórdão está presente a omissão da análise da matéria, que tem a possibilidade de seu saneamento com a interposição dos embargos de declaração.<sup>85</sup>

Se, com a interposição dos embargos, o Tribunal não vier a manifestar-se sobre a matéria em seu acórdão, não terá seu prequestionamento validado. Por consequência, terá a possibilidade do recurso especial. Esse entendimento está firmado na Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>86</sup> “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

---

<sup>82</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 952.

<sup>83</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>84</sup> SOUZA, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>85</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>86</sup> BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 211*. Súmula da Jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27211%27>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Perante a situação, a parte poderá promover a interposição do recurso especial com a alegação de violação à previsão do artigo 1.022 do CPC/2015 referente aos embargos de declaração. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça determinará que o órgão *a quo* aprecie a matéria, quando entender que o Tribunal foi omissivo. Na lógica, a Corte Superior de Justiça encaminhará os autos ao órgão *a quo* para que examine a matéria, revestindo assim de prequestionamento, o qual possibilitará que a parte, existindo ainda o interesse, interponha novo recurso especial.<sup>87</sup>

Ademais, o artigo 1.025 do CPC/2015 imprime uma solução para a falta de prequestionamento quando estabelece a sua forma ficta, na qual são incluídos no julgado os elementos suscitados pelo embargante pelo Superior Tribunal de Justiça, após admitir existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.<sup>88</sup>

Superadas as condições genéricas do cabimento do recurso especial, ressaltam-se as condições específicas já apontadas nas alíneas do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal. Hipóteses essas que o dispositivo trata do recurso com fundamentação vinculada.<sup>89</sup>

A primeira hipótese está prevista na alínea ‘a’ do dispositivo, que trata do cabimento do recurso especial quando contrair ou negar a vigência de lei federal. Vigência essa que retrata a essência do recurso especial na busca por tutelar a lei para resguardar com isso a ordem jurídica na correta aplicação da norma infraconstitucional.<sup>90</sup>

Com base na primeira hipótese, caberá recurso especial quando contrariar ou negar a vigência de tratados internacionais. Isso ocorre porque o Brasil torna-se signatário dos tratados que são inseridos por meio de lei ordinária no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, os tratados não podem versar sobre direitos humanos porque são inseridos em nosso ordenamento por meio de proposta de emenda a constituição, ou seja, a competência será do STF, com o cabimento do recurso extraordinário.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>88</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 918.

<sup>89</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>90</sup> MEDINA; WAMBIER, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>91</sup> REIS; MIRANDA, op. cit., p. 1-10, 2012.

Outro caso que pode ser admitido em sede de recurso especial refere a sua interposição por decisão que julga válido ato administrativo local que afasta a aplicabilidade de legislação federal.<sup>92</sup>

Ainda assim, tem-se na Constituição Federal a utilização do recurso especial nos casos de divergência jurisprudencial, ou seja, admite-se este recurso quando decisão recorrida proferir interpretação contrária de outro tribunal.<sup>93</sup>

E, como última hipótese de cabimento, realça função precípua do STJ, pela qual uniformizará o entendimento em matérias controversas que surgem nas decisões proferidas no poder judiciário para o reforço da sensação de segurança jurídica.<sup>94</sup>

As hipóteses levantadas são taxativas e figuram como causa de pedir do recurso especial, o qual garante sua fundamentação vinculada. Dessa forma, o juízo de admissibilidade verifica apenas se a parte alegou alguma dessas hipóteses de cabimento para configurar a causa de pedir que se constitua matéria de mérito dessa espécie de recurso.<sup>95</sup>

Após analisar o juízo de admissibilidade, percebe-se que o recurso especial terá seu cabimento conferido quando cumulativamente preencher os requisitos genéricos e os específicos.<sup>96</sup>

Com a superação dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, surge um recurso excepcional cuja função é ser o instrumento para proteger e uniformizar a interpretação em matéria de legislação infraconstitucional e não tutelar interesse individual dos recorrentes.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>93</sup> DIDIER JR.; CUNHA, 2010 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>94</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 1-10.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 1-10.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 1-10.

Cumprida essa etapa do juízo de admissibilidade com o cabimento do recurso especial, estará o Superior Tribunal de Justiça em condições de passar a analisar o juízo de mérito que não poderá ser restringido, como explanado a seguir.<sup>98</sup>

Com o fim do juízo de admissibilidade, nasce para o órgão julgador analisar, decidir ou não pela procedência dos pedidos recursais. Assim, o Tribunal analisará os pedidos recursais, que apresentará o objetivo do recorrente. Nisso, o recorrente ao deparar com um *error in procedendo*, ou seja, um erro na atividade judicante, a parte determinará como mérito do recurso o pedido para anular a decisão. De outro modo, caso o erro seja na prestação jurisdicional, deixando de apreciar a questão fática ou jurídica, tem-se um *error in iudicando*, no qual buscará o recorrente pela reforma da decisão proferida.<sup>99</sup>

Nota-se que é importante fixar que o mérito do recurso em nada se confunde com o mérito da ação, mesmo porque o recurso prolonga o exercício do direito de ação, como também, de defesa. Tanto que o mérito recursal estará limitado à sucumbência suportada pelo recorrente na decisão impugnada, que pode não ter coincidência com os pedidos na inicial.<sup>100</sup>

Todavia, em vários casos, o mérito do recurso será diverso do mérito encontrado na ação, impondo ao órgão julgador cautela ao analisar o recurso que proferirá um julgamento aplicando o direito à espécie. Dada essa proporção, faz-se necessário destacar o artigo 255, § 5º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Assim dispõe:

“No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil.”.

Seguindo o entendimento acima, o Supremo Tribunal Federal consolida-o na Súmula n. 456, como descrito a seguir: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

---

<sup>98</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>99</sup> ORIONE NETO, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>100</sup> RODRIGUES, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

### 1.6.2. Procedimento do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça, por existir o recurso especial tem um procedimento comum e básico, abrangendo a questão federal isoladamente, e outro procedimento que é dos recursos especiais repetitivos, deve-se examiná-los separadamente.<sup>101</sup>

Primeiramente, aborda-se o procedimento comum do recurso especial. Dessa forma, chega ao Supremo Tribunal Federal através de dois caminhos: um admitido no tribunal de origem e o outro quando provido o agravo interposto contra a decisão que julgou pela inadmissibilidade na origem, seja pelo relator ou turma.<sup>102</sup>

Em seguida, o recurso especial é distribuído, caso o recurso tenha sido provido por relator, esse estará prevento. Na sequência, a ordem dos trabalhos encontra-se disciplinada no Regimento Interno do STJ, em que a turma realizará o juízo de admissibilidade que superada permitirá o recurso a ser julgado. Mas, poderá o julgamento ser afetado por proposição do relator para prevenir o dissídio interno e, assim, remeterá à seção ou à corte especial.<sup>103</sup>

Nesse momento, será abordado o procedimento do recurso especial repetitivo. Com base no artigo 1.036, *caput*, constatada a existência de multiplicidade de recursos especiais com a mesma questão de direito, no caso infraconstitucional, ocorrerá a afetação para julgamento. Isso significa que compete à autoridade no tribunal *a quo* (TJ ou TRF), que, ao identificar essa multiplicidade, selecionará dois ou mais recursos com a finalidade de afetação. Com isso, os demais processos sofrerão a suspensão nos Estados ou na região. Também terá essa competência o relator do recurso especial no STJ.<sup>104</sup>

Por mais que a lei processual civil tenha atribuído, no § 4.º do artigo 1.036, a escolha ao presidente ou ao vice-presidente da multiplicidade de recursos, o relator do STJ não estará vinculado a elas, porque a má escolha não permitirá a análise definitiva das teses em confronto. Com isso, o relator poderá selecionar outros recursos da controvérsia estabelecida.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 968.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 968.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 968-969.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 969.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 970.



Com a reunião dos recursos capazes de identificar todos os aspectos da questão federal controvertida, e conseqüentemente, seja reconhecido o recurso especial representativo da controvérsia pelo relator no Superior Tribunal de Justiça para ser submetido pelo órgão colegiado – Seção ou Corte Especial – a julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, conforme previsto no artigo 1.037 do CPC e artigo 256-I, *caput* do Regimento Interno da Corte.<sup>106</sup>

Ressalta-se o prazo de 1 (um) ano para julgamento dos recursos especiais afetados pelo relator, conforme o § 4.º do artigo 1.037 do CPC. Contudo, ocorre o prazo impróprio quando envolver réu preso ou até mesmo pedidos de *habeas corpus*.<sup>107</sup>

Além desses pontos, há a hipótese de diferença substancial entre a questão infraconstitucional controvertida, objeto de afetação e a questão infraconstitucional controvertida em outro processo. Assim, a parte interessada promove o *distinguishing* para requerer ou requererá o prosseguimento do processo na forma do artigo 1.037, §10, do CPC. A autoridade competente abrirá prazo de 5 (cinco) dias para a contraparte se manifestar e, proferirá a decisão pelo acolhimento ou não da distinção no caso concreto. No caso de acolher a distinção, o relator comunicará a autoridade competente no tribunal *a quo* para que promova o recurso especial comum.<sup>108</sup>

Com o objetivo de ter melhor clareza sobre os efeitos do julgamento e da repercussão da questão objeto de múltiplos recursos, o relator possui medidas instrutórias que compreendem a solicitação ou admissão de *amicus curiae*, fixação de audiência pública, requisição de informações aos tribunais de segundo instância, e na sequência, mandar intimar o Ministério Público.<sup>109</sup>

Após a manifestação do órgão ministerial no prazo de 15 (quinze) dias, o relator irá preparar o relatório e voto, com a inclusão do processo em pauta de julgamento, tendo a preferência na pauta, salvo a existência de processo com envolvimento de réu preso ou *habeas corpus*.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 971.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 971.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 972.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 973.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 973.

O mecanismo do julgamento dos recursos especiais afetados tem por modelo o recurso especial comum. Com a decisão dos recursos especiais repetitivos, os demais pendentes nas turmas do STJ serão decididos com a aplicação do precedente, conforme dita o artigo 1.039, *caput*, CPC.<sup>111</sup>

Os recursos especiais afetados sofreram o efeito da suspensão de seus processos. Com a publicação do acórdão que julgou tais recursos, surgem os efeitos desse julgamento, conforme o artigo 1.040, *caput* do CPC da seguinte forma<sup>112</sup>:

“(a) o presidente ou vice-presidente dos tribunais de origem negará seguimento aos recursos especiais que impugnarem acórdão em sintonia com o precedente (inc. I); (b) o órgão que proferiu o acórdão divergente, em recurso, remessa necessária ou causa de competência originária, realizará juízo de retratação (inc. II), encaminhando o recurso pendente pela autoridade competente (art. 1.030. II); (c) os processos suspensos em primeiro grau retomarão seus trâmites, aplicando-se no seu julgamento a tese fixada pelo STJ (inc. III); (d) a agência reguladora respectiva, ou ente de direito público, envolvendo a questão resolvida prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, será comunicada, a fim de promover a aplicação da tese firmada e a fiscalização do seu cumprimento (inc.IV).”

## 1.7. Efeitos do Recurso Especial

### 1.7.1. Do efeito translativo dos recursos

Pelo efeito translativo, o órgão *ad quem* tem a possibilidade de conhecer das matérias de ordem pública *ex officio*, ou seja, sem depender de provocação das partes. Essa concepção está baseada no princípio inquisitivo presente em matéria recursal, tendo em vista que o Tribunal poderá conhecer de ofício as questões controvertidas ou não.<sup>113</sup>

A discussão é estabelecida quanto a autonomia que o efeito translativo dá ao órgão *ad quem* para apreciar questões de ordem pública de ofício. Dado a possibilidade provir do próprio efeito devolutivo em sua dimensão vertical.<sup>114</sup>

<sup>111</sup> ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 973.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 974.

<sup>113</sup> MARINONI e ARENHART, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>114</sup> MOREIRA, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

Porém, outra maneira de ver, seria entender que o conhecimento de matéria de ordem pública seja independente de provocação dos recorrentes. Por ser uma atividade inquisitiva, torna-se incompatível com o efeito devolutivo que decorre do princípio dispositivo dependente da provocação do recorrente porque deve apontar o objeto litigioso do recurso, limitando a matéria de análise do Tribunal.<sup>115</sup>

Assim, a defender o conhecimento das matérias de ordem pública, resultaria no entendimento de que o princípio do inquisitivo é compatível com o efeito devolutivo. Portanto, permite ao órgão *ad quem* conhecer as matérias de ordem pública advinda do recurso, sendo as questões de ordem não decididas ou decididas e, com isso, toma como incorreta a aplicação exclusiva do princípio do dispositivo ao efeito devolutivo.<sup>116</sup>

É de suma importância registrar que com o reconhecimento das matérias de ordem pública de ofício pelo órgão *ad quem* poderá agravar a sucumbência do recorrente, no qual ferirá o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, haja vista que a parte jamais recorrerá da decisão para ter sua situação agravada pela nova apreciação.<sup>117</sup>

Para tanto, ressalta-se que o efeito translativo não consiste no conhecimento das matérias de ordem pública, e sim pela forma utilizada para analisar as referidas matérias. O Tribunal estará analisando a matéria de ordem pública por meio do efeito devolutivo quando o recorrente fixar tal matéria como objeto do recurso. De outra forma, o Tribunal estará analisando de ofício, a matéria de ordem pública por meio do efeito translativo quando o recorrente não indicou a questão de ordem como objeto recursal.<sup>118</sup>

Perante esses apontamentos iniciais, conclui-se que na análise de matéria de ordem pública, o Tribunal sairá de sua inércia quando provocado diante de recurso pelo princípio do dispositivo que decorre do efeito devolutivo. Outrora, conhecerá da matéria de ofício quando não indicada no recurso, por meio do princípio inquisitivo decorrente do efeito translativo.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> MEDINA e WAMBIER, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>116</sup> JORGE, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>117</sup> NERY JR., 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>118</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 1-10.

Entretanto, o debate não termina aqui, continuando a seguir no estudo da aplicação do efeito translativo em sede de recurso especial.

### 1.7.2. O efeito translativo no recurso especial

Com bases do efeito translativo dos recursos, levanta-se a problemática acerca da possibilidade do efeito translativo ser aplicado em sede de recurso especial.<sup>120</sup>

A indagação que se busca responder neste momento é pela possibilidade do Superior Tribunal de Justiça, quando em julgamento do recurso especial, conhecer de ofício matérias de ordem pública que não foram prequestionadas.<sup>121</sup>

O dilema ganha fôlego, pois o texto constitucional exige o prequestionamento da matéria na decisão recorrida para que o recurso especial seja admitido.<sup>122</sup>

O Tribunal estaria conhecendo uma matéria que não foi analisada pelo juízo *a quo*, ou seja, não existe o prequestionamento e, dessa forma, não seria possível o conhecimento de ofício da matéria de ordem pública, tomando uma postura incompatível com o preceito constitucional relativo ao recurso especial.<sup>123</sup>

Ademais, a legislação que afasta a preclusão e conseqüentemente o conhecimento de matéria de ordem pública, não teria sua aplicação em instâncias com competência para recursos excepcionais, pois estariam caminhando para outra finalidade da qual não lhe foi conferida.<sup>124</sup>

Outro ponto de argumento pela inaplicabilidade está no entendimento de que o efeito translativo tem sua aplicabilidade em matéria de ordem pública pela incidência do princípio inquisitivo, ou seja, o prequestionamento da matéria de ordem pública estaria sempre prequestionada de forma implícita.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 1-10.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 1-10.

<sup>123</sup> NERY JR., 2004 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>124</sup> MEDINA; WAMBIER, 2008 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>125</sup> JORGE, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

Doravante, o presente trabalho traçará as razões do qual defende a possibilidade do efeito translativo ser aplicado no recurso especial.<sup>126</sup>

Logo, o instituto da preclusão não afastaria o conhecimento de matéria de ordem pública de ofício. O interesse público prevalece sobre o privado e, dessa forma, não tem a necessidade de manifestação do recorrente.<sup>127</sup>

O órgão julgador em instância recursal poderá conhecer de ofício matéria de ordem pública em virtude de aplicação do efeito translativo, por força do princípio inquisitivo, mesmo que a matéria analisada tenha ocorrido no âmbito de instância originária.<sup>128</sup>

Cabe ressaltar que o processo de cognição do recurso especial tem sua passagem pelo juízo de admissibilidade que valida seu ingresso para o juízo de mérito. Dessa forma, o juízo de admissibilidade confirma o recebimento do recurso e o juízo de mérito julga a matéria recursal.<sup>129</sup>

O Superior Tribunal de Justiça quando em julgamento de recurso especial, não terá sua limitação nos termos da decisão recorrida, ou seja, o Tribunal julgará com a finalidade de aplicar o entendimento jurídico firmado, ao passo que, poderá substituir a decisão recorrida.<sup>130</sup>

Com a visão da possibilidade de revisão da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, essa reapreciação da matéria pelo Tribunal está estabelecida no Regimento Interno da Corte, com o entendimento que após o conhecimento do recurso, deverá este ser julgado com a aplicação do direito à espécie, reforçando com isso a conhecer matérias de ordem pública de ofício.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . Efeito translativo no recurso especial. *Âmbito Jurídico*, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 1-10.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 1-10.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 1-10.

<sup>130</sup> AZZONI, 2009 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. *Âmbito Jurídico*, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>131</sup> REIS; MIRANDA, op. cit., p. 1-10.

A aplicação do efeito translativo ganha sua importância pela possibilidade de após o conhecimento do recurso especial, venha o STJ a afastar a apreciação do recurso pela falta de análise da matéria de ordem pública pelo juízo *a quo*.<sup>132</sup>

Outro destaque merecido está na negação da prestação jurisdicional quando nega o conhecimento de matéria de ordem pública, que caminha contra os princípios da instrumentalidade, da economicidade e celeridade processual. Fato este que carrega o recorrente de ônus porque deverá oferecer ação autônoma com o objetivo de sanar esse vício que poderia ser evitado.<sup>133</sup>

Assim, adentra-se o posicionamento do Superior Tribunal de que entende ser necessário o prequestionamento para o conhecimento do recurso especial. O juízo de mérito será aberto ocasionando o julgamento nas bases da aplicação do direito à espécie, possibilitando o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública<sup>134</sup>, como podem ser vistos nos julgados a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE EM QUE SE DISCUTE SOBRE LITISPENDÊNCIA, LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO E COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO POR INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7/STJ E 284/STF. EFEITO TRANSLATIVO. INEXISTÊNCIA. [...] 4. O Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 257 de seu Regimento Interno e na Súmula 456/STF, tem-se posicionado no sentido de que, superado o juízo de admissibilidade e conhecido por outros fundamentos, o recurso especial produz o efeito translativo, de modo a permitir o exame de ofício das matérias de ordem pública. Todavia, não é o que se verifica no caso concreto, em que o recurso especial é manifestamente inadmissível”. [...]”<sup>135</sup>  
“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EFEITO TRANSLATIVO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO SE SUPERADO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. 1. A análise da prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não dispensa o necessário prequestionamento. 2. Por força do efeito translativo, esta matéria poderia ser analisada se o recurso especial superasse o juízo de

<sup>132</sup> GRINOVER, 2005 apud REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>133</sup> AZZONI, 2009 REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>134</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>135</sup> STJ. AgRg nos EDcl na DESIS no REsp 1123252 / SP, Rel: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, T2 – SEGUNDA TURMA, data do julgamento: 28/09/2010, data da publicação/fonte DJe 15/10/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16880489/-stj>>. Acesso em: 13/09/2017.

admissibilidade, o que não se verifica na hipótese. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.<sup>136</sup>

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSIONISTAS. MILITARES. REAJUSTE DOS 28,86%. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA TRAZIDA SOMENTE NAS RAZÕES DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. EFEITO TRANSLATIVO AO RECURSO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Consoante precedentes orientadores que vêm se firmando no STJ, o efeito translativo do recurso especial, no qual é possível a análise de questão de ordem pública em sede de recurso especial ainda que ausente o prequestionamento, somente se verifica após a abertura da instância especial, o que não ocorreu na espécie, visto que o recurso sequer foi conhecido. 2. Embargos de declaração rejeitados”.<sup>137</sup>

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO TEMA SE VIABILIZADA A INSTÂNCIA ESPECIAL PARA EXAME DE OUTRA ALEGAÇÃO. Mesmo matérias de ordem pública devem estar prequestionadas para serem conhecidas em Recurso Especial. Somente quando viabilizada a instância Especial para o exame de outras alegações é que se pode conhecer do tema da prescrição não prequestionado. Precedentes. Agravo Regimental improvido”.<sup>138</sup>

Perante esses julgados da Corte Cidadã, conclui-se que as matérias de ordem pública devem ser conhecidas de ofício, possibilitando assim a aplicação do efeito translativo ao recurso especial, advindo do princípio inquisitivo.<sup>139</sup>

Apesar de o prequestionamento ser necessário para o cabimento do recurso especial, a estampada exigência está sujeita ao juízo de admissibilidade, que após sua superação, dará ao juízo *ad quem* a possibilidade de julgar aplicando o direito a espécie e por consequência, conhecer da matéria de ordem pública de ofício.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> STJ. AgRg no Ag 1357618 / SP - 2010/0174457-4, Rel: Ministra MARIA ISABEL GALLOTT, T4 - QUARTA TURMA, data do julgamento 26/04/2011, data da publicação/fonte: DJe 04/05/2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19095298/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1357618-sp-2010-0174457-4/inteiro-teor-19095299?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 13/09/2017.

<sup>137</sup> [42] STJ. EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.185.325 - RJ - 2009/0083436-4 Rel: Ministro CELSO LIMONGI - Desembargador convocado do TJ/SP, Data do julgamento: 22/02/11, data da publicação/fonte: DJe 14/03/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18720610/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-agrg-no-ag-1185325-rj-2009-0083436-4/inteiro-teor-18720611>>. Acesso em: 13/09/2017.

<sup>138</sup> STJ. AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.368.327 - RS - 2010/0188322-0, Rel: Ministro SIDNEI BENETI, data do julgamento: 22/03/11, data da publicação/fonte: DJe 30/03/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18718279/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1368327-rs-2010-0188322-0-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 13/09/2017.

<sup>139</sup> REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . *Efeito translativo no recurso especial*. Âmbito Jurídico, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 1-10.

## 1.8. Funções jurídico-políticas exercidas pelo STJ e o papel do recurso especial repetitivo na formação e estruturação dos precedentes

Dentre os Poderes do Estado brasileiro, o Poder Judiciário é responsável pela solução de conflitos que surgirem na sociedade, como também de garantir os direitos dos cidadãos. No Brasil, tem como órgãos representantes e diretivos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça.<sup>141</sup>

Como visto na base histórica, o Superior Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição Cidadã de 1988 e atribuiu à corte a responsabilidade pela uniformização da interpretação da lei federal no território nacional. Assim, recaiu sobre o tribunal a responsabilidade pela solução definitiva de conflitos civis e criminais, desde que, não tenham conteúdo de matéria constitucional e nem da justiça especializada (eleitoral, militar e trabalhista).<sup>142</sup>

O Superior Tribunal de Justiça busca atingir essa uniformização por meio do julgamento do seu principal processo que é o recurso especial e serve para que o tribunal fundamente a interpretação divergente referente a determinado dispositivo de lei federal.<sup>143</sup>

Desde 2008, e com o objetivo de reforçar o poder de vinculação dos precedentes da Corte, os recursos especiais podem ter o caráter repetitivo quando há múltiplos recursos com a mesma questão federal. Nesse caso, o STJ suspende os referidos processos até que aprecie e julgue o recurso representativo da controvérsia.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 set. 2017.

<sup>142</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 set. 2017.

<sup>143</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 set. 2017.

<sup>144</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 set. 2017.



Com a decisão tomada no STJ, os demais tribunais têm o dever de aplicar o entendimento consolidado nos recursos pendentes sob sua competência. Isso provoca o não seguimento do recurso que contesta decisão com entendimento firmado pelo STJ.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> Superior Tribunal de Justiça. *Atribuições*. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 13 set. 2017.

## **2. A POSIÇÃO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO A COGNIÇÃO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM RECURSO ESPECIAL**

### **2.1. Preliminarmente: breves considerações a respeito da jurisprudência formada pelo Superior Tribunal de Justiça (sob a égide do Código de Processo Civil de 1973) em relação aos recursos especiais que veiculassem controvérsia de ordem constitucional**

A competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal foi dividida com a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, surgindo uma nova situação de conflito entre as duas Cortes de cúpula. Tornou-se uma tarefa árdua a limitação do que seria matéria constitucional e matéria infraconstitucional.<sup>146</sup>

Determinados temas tratam de ambas as matérias, possibilitando que os dois Tribunais tenham decisões opostas, referente à mesma matéria, pois um analisará sob viés da Constituição Federal, já o outro pela ótica da legislação ordinária.<sup>147</sup> Este é um problema importante.

Essas situações forçaram a delimitação da atuação para esses Tribunais, na perspectiva de evitar a permissão de exercer a atividade duplicada que seria considerada inútil.<sup>148</sup>

Dessa forma, estabeleceram o entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça limita-se a dirimir o contencioso infraconstitucional, mesmo existindo o incidente constitucional pela via de seu recurso especial. Com relação ao Supremo Tribunal Federal ficou estabelecido a palavra final a respeito da violação a norma constitucional, por meio do recurso extraordinário.<sup>149</sup>

Assim, iniciou o Superior Tribunal de Justiça sua busca pela delimitação da atividade no âmbito do recurso especial com a edição da Súmula 126 do próprio Tribunal, que considera inadmissível o recurso especial que versa sobre matéria infraconstitucional e constitucional, ambas com possibilidade de manter o acórdão recorrido.

---

<sup>146</sup> MENDES, Leonardo Castanho. O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: RT, 2006. p. 216.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 218.

## **2.2. Anotações à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: não conhecimento dos recursos especiais que veiculassem controvérsia de ordem constitucional, ainda que referente à tese de violação reflexa**

Em face da controvérsia do Superior Tribunal de Justiça conhecer em sede de recurso especial matéria de ordem constitucional, ressalta a possibilidade ou não de instauração de incidente de arguição de inconstitucionalidade perante o recurso especial.

Assim, surge a controvérsia quando a Corte Superior de Justiça é chamada a analisar se a violação a determinada lei federal infraconstitucional que fundou o recurso especial é constitucional ou inconstitucional.

Nesse sentido, veja o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça para discutir essa questão quando levantado no Recurso Especial n. 1.135.354/PB que recaiu sobre a impossibilidade de o autor de recurso não poder arguir inconstitucionalidade de dispositivos de lei federal.

Assim, por mais que questões constitucionais possam ser levantadas pela parte recorrida, não caberá ao autor do recurso especial trazer tais matérias na fundamentação do pedido de reforma da decisão.

É com base neste entendimento que a Corte Especial do STJ não conheceu da arguição de inconstitucionalidade feita pelo autor referente aos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. O referido dispositivo estabelece a participação da companheira ou companheiro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável.

No julgamento desta preliminar, o ministro Teori Zavascki afirma que “O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o Supremo Tribunal Federal”.

Como relator do incidente, o ministro Luis Felipe Salomão, em preliminar de conhecimento, firmou seu voto pela possibilidade de a Corte Superior de Justiça realizar a apreciação, em controle difuso da constitucionalidade de lei, de forma ampla, como tem sinalizado o STF. Assim, afirma o ministro: “No caso, a constitucionalidade ou não de um dos dispositivos legais utilizados como razão de decidir é incidental e fundamental para se aplicar ou não outro artigo de lei à hipótese em julgamento”.

Já em julgamento do mérito, o ministro Salomão declarou seu voto pela inconstitucionalidade dos incisos do mencionado artigo 1.790 do Código Civil, passando ao entendimento de que o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança quando ausentes os ascendentes e os descendentes do falecido.

Veja-se o histórico do presente caso, que advém dos autos do inventário dos bens deixados pelo morto, sem descendentes ou ascendentes, do qual o juízo de direito da Décima Terceira Vara Cível da Comarca de João Pessoa da Paraíba/PB determinou que a inventariante, companheira do falecido por 26 anos, promovesse a nomeação e qualificação de todos os herdeiros sucessíveis do morto.

Segundo o juízo, nos termos do inciso III do referido dispositivo, o companheiro “somente será tido como único sucessor quando não houver parentes sucessíveis, o que inclui os parentes colaterais, alterando nesse ponto o artigo 2º da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de ascendentes e descendentes”.

Inconformada com essa decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento, sob a alegação de ser herdeira universal, e por sua vez, o artigo 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Ademais, o mencionado dispositivo deve ter sua interpretação de forma sistemática com o artigo 1.829 também do Código Civil de 2002, que confere ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, na falta de ascendentes e descendentes.

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba negou provimento ao agravo de instrumento e, no recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, a inventariante suscitou, mais uma vez, a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. A Quarta Turma da Corte, de forma unânime, suscitou o incidente.

No julgamento da arguição de inconstitucionalidade pela Corte Especial, nove ministros seguindo o voto do ministro Teori Zavascki pelo não conhecimento do incidente. E, outros quatro ministros seguiram o voto do ministro Luis Felipe Salomão pelo conhecimento do incidente constitucional

Permite-se ver que há posicionamentos, mesmo que de forma minoritária, mas convencidos da possibilidade do STJ apreciar incidentes constitucionais em sede de recurso especial, reforçando com isso, a existência do movimento de combate à jurisprudência dominante na Corte.

### *2.2.1. A necessidade de se reservar ao Supremo Tribunal Federal a competência para avaliar teses de violação direta à Constituição da República*

Para compreender a defesa de se reservar a violação direta à Constituição da República pelo Supremo Tribunal Federal e permitir a análise da violação reflexa à norma constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário uma passagem de âmbito histórico, sem a intenção de esgotar o tema.

Em nossa história, ocorreu ausência de controle de constitucionalidade durante a Constituição Imperial de 1824 e, na sequência, foi instaurada com a Constituição de 1891 nos moldes do modelo norte-americano, baseado no controle exclusivamente difuso e concreto.<sup>150</sup>

Atualmente, o modelo norte-americano convive com o modelo europeu do controle abstrato e concentrado atribuído ao Supremo Tribunal Federal na via de ação direta.<sup>151</sup>

O modelo europeu foi instaurado gradativamente até ser estabelecido no sistema proposto pela Constituição Federal de 1988, no qual prevê seu funcionamento ao lado do controle difuso. Esse novo sistema de mecanismos proporcionou ser levado a conhecimento da Suprema Corte, sob um elencado rol de legitimados, toda questão de descumprimento, comissivo ou omissivo, de normas constitucionais.<sup>152</sup>

Ao novo sistema foi dado o nome de misto, por compreender elementos do modelo norte-americano e europeu, evoluindo assim da prevalência do controle difuso para o controle concentrado, no qual veio marcar verdadeiramente o controle constitucional pela via direta no controle concentrado e abstrato.<sup>153</sup>

O controle difuso e concreto passou a ser exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, diferente do controle concentrado e abstrato que ficou a cargo de maneira exclusiva ao Supremo Tribunal Federal.<sup>154</sup>

No controle difuso, busca-se decidir a questão da compatibilidade da norma com a Constituição como prejudicial ao desfecho do processo em julgamento, pela pretensão de

---

<sup>150</sup> MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006. p. 37.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 39.

algum dos envolvidos, a aplicação de lei que foi alegada como inconstitucional. Dado que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma, no controle difuso, atenha-se somente pela sua prejudicialidade no julgamento de um caso concreto. Isso significa que os efeitos não passarão dos limites do processo, apenas operando entre as partes processuais.<sup>155</sup>

Paralelo ao controle difuso, Francisco Wildo Lacerda Dantas dispõe<sup>156</sup>:

“resumir as ações constitucionais destinadas a provocarem o controle abstrato da constitucionalidade das normas, no Brasil, às seguintes: ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/88), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2.º, da CF/88), ação direta de constitucionalidade (art. 103, §4.º, da CF/88), ação direta interventiva federal (art. 36, I a IV, da CF/88), ação direta interventiva estadual (art. 35, I a IV, da CF/88)”.

Além desses casos acima citados, e no da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem-se a declaração ou não, do texto normativo com a Constituição Federal estabelecendo objeto único da ação.<sup>157</sup>

O nosso sistema adota o controle concentrado sendo realizado na forma abstrata e, com isso, estes instrumentos levantados desencadeiam este controle. Dessa forma, provoca uma irradiação para fora do processo, da decisão proferida pela compatibilidade da norma ou não com a Constituição Federal passando assim, a vincular todas as demais instâncias, sejam judiciais ou administrativas.<sup>158</sup>

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, por ter a função de guarda da Constituição Federal, vem realizando a conferência da correta interpretação das normas constitucionais por meio do controle concentrado ou pelo controle difuso. Este último é usado para promover o recurso extraordinário. No entanto, sabe-se que o recurso extraordinário vem se transformando em instrumento de controle concentrado.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006. p. 40.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>159</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 353.

2.2.2. *O ponto nodal da jurisprudência: a uniformização do direito federal – amplamente constitucionalizado – desprovida de reflexões constitucionais dentro de um Estado Constitucional*

Ao voltar na história, permite-se compreender o fenômeno de conteúdo constitucional no direito federal. Conforme visto, o recurso extraordinário como instrumento do Supremo Tribunal Federal abarcava as questões de natureza constitucional e federal.<sup>160</sup>

Posteriormente, com a instituição do Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988, ocorreu a distribuição desse tradicional conteúdo do recurso extraordinário. Assim, a nova Corte de Justiça ficou encarregada do controle da inteireza positiva do direito infraconstitucional, sendo seu instrumento o recurso especial e a Corte Suprema com o controle de natureza constitucional.<sup>161</sup>

E, por mais que a Constituição Federal tenha promovido a cisão no instrumento do recurso extraordinário, reservando as questões constitucionais ao Supremo Tribunal Federal e repassando as questões federais de direito comum ao Superior Tribunal de Justiça, não se pode afirmar que a Corte Superior estará alheia a toda matéria constitucional.<sup>162</sup>

Em primeiro ponto, nos casos da alínea a do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal (contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou Lei Federal), porque não se pode afastar a hipótese de ser levantado debate de forma incidente sobre constitucionalidade dos textos de norma em questão. Assim já era dito pelo ex-ministro Carlos Velloso: “o STJ não será o único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso da constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro”.<sup>163</sup>

Em segundo lugar, no caso da alínea b do mesmo dispositivo constitucional (decisão que julgou válido ato de governo local contestado em face de lei federal), dificilmente a constitucionalidade não estará como pressuposto implícito, haja vista que o julgado recorrido entendeu pela prevalência de ato estadual ou municipal, ao invés da lei federal. Essa

---

<sup>160</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 92.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 92-93.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 93.

relevância surge porque a discussão será travada na competência entre os entes políticos, dado a distribuição feita pela Lei Maior, com isso tem-se a questão constitucional de fundo.<sup>164</sup>

E, por fim, a alínea c também do mesmo dispositivo constitucional (decisão recorrida que interpretou lei federal de forma diversa de outro tribunal), poderá eventualmente, surgir um contencioso de natureza constitucional, pela possibilidade da interpretação dada pelo tribunal que proferiu a decisão paradigma afastar um princípio constitucional. Nesses casos, tem se entendido pela interposição simultânea do recurso especial e extraordinário.<sup>165</sup>

Nessa perspectiva, vê a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça buscar a alteração da sua jurisprudência para que pudesse realizar o controle de constitucionalidade em sede de recurso especial.

### *2.2.3. Consequências processuais aplicadas ao recurso especial que veiculasse controvérsia de ordem constitucional: negativa de prestação jurisdicional?*

No tratamento do recurso especial, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça não tem examinado questões constitucionais. Mais precisamente, por causa do entendimento firmado, de que essa atribuição foi dada ao Supremo Tribunal Federal.<sup>166</sup> Com isso, a Suprema Corte é competente para julgar, em sede de recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando estiverem presentes um dos permissivos previstos nas alíneas do artigo 102, inciso III da Constituição Federal:<sup>167</sup>

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
 III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
 a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
 b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
 c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
 d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.  
 [...]

<sup>164</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 93.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>166</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>167</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2017.



No entanto, existem situações em que o Superior Tribunal de Justiça deve examinar a questão constitucional levantada em sede de recurso especial, porque a parte vencida poderia não ter o exame judicial de sua pretensão ao controle de constitucionalidade.<sup>168</sup>

Um tribunal de segunda instância recebe uma questão que envolve matéria de lei federal e matéria constitucional de lei. No entanto, o tribunal julga o recurso pelos fundamentos de matéria de lei federal, sem examinar a matéria constitucional de lei, vindo a decidir a favor da parte que levantou a inconstitucionalidade de norma.

Nota-se que, neste caso, não foi decidida a questão constitucional. Desta feita, não caberá o recurso extraordinário a parte vencedora que tratou de alegar a questão constitucional, devido à falta de interesse de recorrer. Já a parte vencida, não mencionará a questão constitucional porque possui direito apenas ao recurso especial, haja vista ser a única matéria julgada em recurso ordinário de segunda instância.<sup>169</sup>

Contudo, a recorrida deverá inserir a questão constitucional nas contrarrazões do recurso especial, que será apreciada pela Corte Superior de Justiça, caso acolha argumentos feitos pela recorrente quanto às questões infraconstitucionais. Dado o provimento ao recurso especial e vindo a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, será necessário que a Corte decida acerca da questão constitucional.<sup>170</sup>

Presente o pedido com duplicidade de fundamentos, sendo o afastamento de aplicação de dispositivo legal e alegação da inconstitucionalidade da mesma lei. Deu-se pelo acolhimento do primeiro em apelação no tribunal de segunda instância e negado o exame do segundo por entender desnecessário. Conhecido o recurso especial e visto como contrária à lei a razão de decidir do acórdão recorrido, passando nesse momento para o exame da alegação de constitucionalidade.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>169</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>170</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017

<sup>171</sup> STJ Embargos de Declaração no RESp nº 73.106 – RS, julgado em 26.02.96, rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=73106&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

Este fundamento tem seu entendimento esclarecedor na manifestação do Ministro Eduardo Ribeiro, em julgamento proferido na Terceira Turma do STJ, votou assim:<sup>172</sup>

“A criação do Superior Tribunal de Justiça, e do recurso especial, teve como objetivo indubitável reservar ao Supremo Tribunal, precipuamente, o controle de constitucionalidade, deferindo-se à nova corte velar pela integridade e uniformidade da aplicação do direito federal infraconstitucional. Ocorre que a divisão de competência, entre os dois Tribunais, fez-se deixando restos muito significativos. Tanto um poderá, em certas hipóteses, examinar questões que digam estritamente com a interpretação das leis, como ao outro é também confiado o controle difuso de constitucionalidade das leis, ainda que em casos não muito freqüentes.”

Não pode haver dúvidas de que aquele controle será exercido, sem limitações, quando se cogite de competência originária, ou do julgamento de recurso ordinário. Coloca-se a questão relativamente ao especial. Abstenho-me de examinar, por desnecessário, no caso, o tormentoso problema que resulta do contido na letra "b" do item III do artigo 105 da Constituição. Interessam as hipóteses das letras "a" e "c". Será o especial cabível quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou der-lhe interpretação diversa da acolhida por outro Tribunal. Parece, à primeira vista, que, não contemplada a contrariedade à Constituição, a ensejar recurso extraordinário (105, III, "a"), não se colocaria a possibilidade do controle em exame. Assim não é, entretanto. Pode suceder que o Tribunal local haja decidido de modo a violar o disposto em determinada lei, ou dissentido da interpretação que lhe foi dada por outro julgado. O especial, em conseqüência, haverá de ser conhecido. Entretanto, não se afasta entenda a Turma que aquela mesma lei é inconstitucional. Assim entendendo haverá de declará-lo. O recorrente, que teria direito, em vista do estabelecido na lei ordinária, não o tem por derivar de norma que não se ajusta à Constituição. Isto este Tribunal deverá verificar. Note-se que o recorrido, a quem interessaria o reconhecimento da inconstitucionalidade, não poderá recorrer extraordinariamente, pleiteando tal declaração, por falta de interesse, já que não sucumbiu. A solução não pode ser outra. Ao Superior Tribunal de Justiça admitindo que a lei, em princípio, confere o direito postulado, não será lícito furtar-se ao exame de sua constitucionalidade.”

O recurso especial provido pela Terceira Turma que afasta o exame da questão constitucional provoca no recorrido a necessidade de interpor embargos de declaração para ter a questão constitucional prequestionada. Com o acolhimento aos embargos de declaração para suprir a omissão, abre-se vistas ao órgão ministerial para que em seguida decida a matéria

---

<sup>172</sup> STJ Embargos de Declaração no RESp nº 73.106 – RS, julgado em 26.02.96, rel. Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=73106&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

constitucional. Visto as razões de voto do Ministro Eduardo Ribeiro para proferir o acórdão com a seguinte ementa:<sup>173</sup>

“Recurso especial. Possibilidade de cuida-se de matéria constitucional quando o pedido tenha dois fundamentos e o de natureza constitucional não é examinado na origem porque acolhido o pedido com base no outro. Afastado o que levou à procedência do pedido, cumpre passar-se à alegação de inconstitucionalidade que, de outra forma, jamais seria examinada, uma vez que o vencedor não poderia interpor extraordinário, por falta de interesse de recorrer. Correção monetária. Artigo 75 da Lei 7.799/89. Constitucionalidade. A aplicação do índice de 1,2879 visou a corrigir, em parte, a distorção causada pelo congelamento estabelecido pela Lei 7.730/89 (MP 32), não ferindo direitos adquiridos.”

Neste caso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou não estar presente a inconstitucionalidade alegada e, com isso, o julgamento encerrou-se na Turma. No entanto, cabe à parte interessada o direito de promover o recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal. Caso contrário, poderia o caso ser apreciado pela Seção ou Corte Especial no próprio Superior Tribunal de Justiça, invocando o artigo 97 da Constituição Federal:<sup>174</sup>

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Confirmada a inconstitucionalidade pela Seção ou Corte Especial, nasce para a parte que a defende a oportunidade de interposição do recurso extraordinário com base nos permissivos Constitucionais do artigo 103, inciso III, “b”. Agora afirmada à constitucionalidade, a parte contrária deterá da oportunidade para o recurso extraordinário, com fundamento nos permissivos das alíneas “a” e “c” da Constituição Federal.<sup>175</sup>

Tal manifestação que tanto foi buscada no ceio do Superior Tribunal de Justiça para afirmar a constitucionalidade da lei federal, deve-se a finalidade de ter o prequestionamento

---

<sup>173</sup> STJ Embargos de Declaração no RESp nº 73.106 – RS, julgado em 26.02.96, rel. Ministro Eduardo Ribeiro.

<sup>174</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>175</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

da questão com objetivo de ser cumprido o requisito para interposição do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>176</sup>

Porém, é defendido neste trabalho que o recurso extraordinário tenha seu cabimento, mesmo quando o julgamento do recurso especial não tenha ventilado a questão constitucional. Assim, seria desnecessário movimentar a Corte dessa maneira que fosse superado a decisão proferida pelo tribunal de segunda instância que não apreciou a matéria no acórdão.<sup>177</sup>

Diante de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que aplica lei suscitada como inconstitucional perante as instâncias ordinárias, recomenda-se a interposição dos embargos declaratórios, bem como insistir pela arguição de inconstitucionalidade, cujo exame foi entendido como desnecessário. Assim, evita-se o argumento pela ausência de prequestionamento e não conhecer do recurso extraordinário.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

<sup>177</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017..

<sup>178</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *A questão da inconstitucionalidade da lei no recurso especial*. 2002. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 13 ago. 2017..

### **3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREVISÃO DE FUNGIBILIDADE ENTRE O RECURSO ESPECIAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA MUDANÇA DE RUMOS PROCLAMADA PELA NOVEL LEGISLAÇÃO**

#### **3.1. O novo Código de Processo Civil e as inovações estabelecidas pelos artigos 1.032 e 1.033: a fungibilidade entre as vias recursais extraordinárias**

Antes de debruçar-se sobre as inovações estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015, é preciso visualizar a problemática discutida neste trabalho.

A difícil convivência entre os recursos excepcionais, extraordinário e especial, realçada no capítulo anterior tem gerado preocupação no âmbito das duas Cortes de superposição do Poder Judiciário, no meio jurídico e conseqüentemente chegou ao legislador infraconstitucional.<sup>179</sup>

Esse alerta ganha relevância em razão de os dois Tribunais de cúpula não terem bem definido o que seria matéria constitucional ou infraconstitucional, causando a divergência que pode gerar grandes prejuízos aos jurisdicionados.<sup>180</sup>

Observe-se que não existem problemas quando o Superior Tribunal de Justiça decide que a matéria é infraconstitucional e confirmada a constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, tem-se a interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário porque existe a dúvida quanto à matéria a ser discutida.<sup>181</sup>

A interposição feita nesses moldes possibilita duas situações: O Superior Tribunal de Justiça examina a questão e considera como infraconstitucional, dando provimento ao recurso especial ou, caso contrário, nega o provimento ao recurso.<sup>182</sup>

No entanto, se o Superior Tribunal de Justiça der provimento ao recurso especial, provavelmente o Supremo Tribunal Federal declarará o recurso extraordinário como prejudicado. Exceto, quando o Supremo Tribunal Federal vê a questão como constitucional e

---

<sup>179</sup> MENDES, Leonardo Castanho. O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: RT, 2006. p. 217.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 218

tenha jurisprudência que contrarie o acórdão do recurso especial. Diante disso, o vencido no Superior Tribunal de Justiça, recorrerá ao Supremo para que o acórdão da Corte Superior de Justiça seja reformado.<sup>183</sup>

De toda sorte, nessas hipóteses, a violação a Constituição Federal será apreciada por algum dos Tribunais de cúpula.<sup>184</sup>

Todavia, a situação enche de gravidade quando existe a interposição simultânea dos recursos excepcionais e, o Superior Tribunal de Justiça não conhece o recurso especial por entender que a matéria é constitucional. Em seguida, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, segue o entendimento do STJ, afirmando que trata de matéria constitucional e decide a questão com base na Constituição Federal.<sup>185</sup>

Veja-se a situação quando o recurso extraordinário não foi interposto juntamente com o recurso especial cuja natureza constitucional ficou estabelecida pelo acórdão que não reconheceu o recurso especial. Nessa hipótese, a violação a norma constitucional não pode ser apreciada pela Suprema Corte.<sup>186</sup>

Essas são as linhas gerais para compreender a solução trazida pelo legislador infraconstitucional quando estabeleceu os dispositivos do artigo 1.032 e 1.033 no Novo Código de Processo Civil advindo sob a Lei nº 13.105/2015.

### *3.1.1. O procedimento estatuído pelos dispositivos processuais em questão*

O artigo 1.032 do Código de Processo Civil de 2015 traz a previsão quando o relator no Superior Tribunal de Justiça entende que o recurso especial versa sobre questão constitucional, como pode ser visto no texto do dispositivo a seguir:<sup>187</sup>

“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.

---

<sup>183</sup> MENDES, Leonardo Castanho. O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade. São Paulo: RT, 2006. p. 216.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>187</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

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.”

Na referida oportunidade, o relator concede prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente providencie as razões de modo a expor a repercussão geral em destaque, possibilitando com isso a remessa do recurso ao Supremo Tribunal Federal.<sup>188</sup>

Agora, a Suprema Corte recebendo o recurso e decidindo em seguida pela sua inadmissibilidade por entender não existir repercussão geral, promoverá o retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça. Nesses termos, entende-se que o STJ julgará o recurso especial porque não se tratava de questão constitucional.<sup>189</sup>

Já o artigo 1.033 da nova lei processualista civil trata de ofensa reflexa à norma constitucional, no qual pressupõe-se a revisão de interpretação de lei federal ou tratado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em julgamento do recurso especial. Segue o texto do dispositivo:<sup>190</sup>

“art. 1.033. 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.”

Esse dispositivo consolida a competência do Superior Tribunal de Justiça na apreciação de recurso especial que tenha um mero indício de questão constitucional. Com isso, o Supremo Tribunal Federal entendendo ser reflexa a ofensa à norma constitucional em recurso extraordinário, remeterá ao STJ para que aprecie e julgue em sede de recurso especial.<sup>191</sup>

Assim, ressalta-se que este mesmo dispositivo reforça a competência da Suprema Corte quando a ofensa é direta à norma constitucional. Em outras palavras, ocorrerá a ofensa

---

<sup>188</sup>BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017..

<sup>189</sup>ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 887.

<sup>190</sup>BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2017.

<sup>191</sup>ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 887.

direta quando ela recair sobre o próprio texto constitucional, por mais que tenha sido violada uma lei federal.<sup>192</sup>

### *3.1.2. Poderes do relator no Superior Tribunal de Justiça para identificar a natureza do tema constitucional*

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas relevantes modificações, sendo até merecedoras de aplausos, como, especificamente, os já mencionados dispositivos dos artigos 1.032 e 1.033, dignas de elogios, porque permite ao relator no Superior Tribunal de Justiça que receber, equivocadamente, recurso especial transformá-lo em recurso extraordinário e, vice-versa, quando relator do Supremo Tribunal Federal.<sup>193</sup>

Essa regra veio a concretizar o princípio da fungibilidade que será tratado a seguir, como também, o que a doutrina chama de princípio da primazia da decisão de mérito e princípio da cooperação. Evitando com isso, a extinção do recurso sem o exame de mérito, porque passa a converter o recurso especial que versa sobre matéria constitucional em recurso extraordinário.<sup>194</sup>

Para isso, o ministro relator no Superior Tribunal de Justiça ao receber o recurso especial e vindo a constatar que trata de matéria constitucional, mandará intimar a parte para que ela proceda à adaptação dos fundamentos da preliminar de repercussão geral que passou a ser um requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário.

O instituto da repercussão geral foi debatido na I Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que consolidou o entendimento do enunciado 79, com o seguinte texto:

"Na hipótese do art. 1.032 do CPC, cabe ao relator, após possibilitar que o recorrente adite o seu recurso para inclusão de preliminar sustentando a existência de repercussão geral, oportunizar ao recorrido que, igualmente, adite suas contrarrazões para sustentar a inexistência da repercussão".

---

<sup>192</sup>ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 887.

<sup>193</sup>DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 350.

<sup>194</sup>Ibidem, p. 350.



Além de oferecer a oportunidade ao recorrente para que promova a preliminar de repercussão geral, dá-se também ao recorrido, a possibilidade de sustentar que essa repercussão não existe no recurso.

Diante do que foi visto, busca-se traçar no trabalho o entendimento de que o ministro relator poderia tomar a providência de promover a conversão do recurso especial para extraordinário quando entender que a violação é direta a Constituição Federal, conseqüentemente, encaminhará ao Supremo Tribunal Federal. Caso contrário, ou seja, a violação a Constituição Federal sendo reflexa, poderá a Corte Superior julgar o recurso especial sem o medo de invadir a competência da Suprema Corte, haja vista já possuir essa competência prevista no dispositivo do artigo 1.032 da nova lei processual civil.<sup>195</sup>

Afasta-se, assim, a obrigatoriedade de o Superior Tribunal de Justiça tomar a providência de mandar os autos para o Supremo Tribunal Federal, depois de adequação dos fundamentos. Uma vez que, se o Supremo Tribunal Federal entender que a violação é direta, ficaria com o processo para julgar, caso contrário, entendendo ser violação reflexa, devolveria ao Superior Tribunal de Justiça com base no art. 1.033 do CPC.<sup>196</sup>

### *3.1.3. A fungibilidade recursal e a ampliação do acesso à jurisdição extraordinária.*

O princípio da fungibilidade busca evitar que o recorrente seja prejudicado pela interposição de um recurso por outro. Esse princípio já era previsto no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, por prever a dúvida do recorrente na imensidão de recursos.<sup>197</sup>

Contrariamente, o Código de Processo Civil de 1973 não seguiu o entendimento do seu antecessor, afastando de seu texto a previsão da fungibilidade recursal, mesmo que no referido código não havia o recurso especial que foi instituído com a Constituição Federal de 1988.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3, p. 350.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>197</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 116.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 117.

Mas, o Código de Processo Civil de 2015 abrigou a fungibilidade de forma expressa em seu texto, como se observa em seu artigo 932, parágrafo único descrito a seguir<sup>199</sup>:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

Nesse dispositivo, o relator no órgão *ad quem* tem o dever de chamar o recorrente para providenciar saneamento do vício ou a complementação da documentação. Visa o legislador com esse procedimento afastar todos os equívocos cometidos pelo recorrente, evitando com isso a recusa dos recursos por não aplicar a fungibilidade.<sup>200</sup>

A evidência ao princípio da fungibilidade foi efetivada também no artigo 1.032 no tratamento do recurso especial e no artigo 1.033 quanto ao recurso extraordinário. Assim, o relator entendendo que a matéria impugnada, na realidade é constitucional ou lei federal, respectivamente, deverá remeter o recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça para ser julgado.<sup>201</sup>

No entanto, a dinâmica ocorrerá da seguinte forma: (a) ao chegar os autos no Supremo Tribunal Federal, poderão pelo juízo de admissibilidade, retornar os autos ao Superior Tribunal de Justiça para serem julgados como recurso especial, e (b) o STJ quando recebe os autos do recurso pelo STF deve apenas julgar em sede de recurso especial.<sup>202</sup>

Esse princípio visa afirmar a tradição brasileira pelo tratamento mais favorável ao recorrente, propiciando com isso a erradicação ou atenuação da falta de exatidão do sistema recursal.<sup>203</sup>

### **3.2. A previsão do artigo 1.033 do CPC/2015 e a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça alterar a sua jurisprudência em torno da cognição do tema constitucional**

O Supremo Tribunal Federal ao receber o recurso extraordinário advindo da conversão estabelecida no artigo 1.032 do CPC/2015 e percebe que a matéria a ser discutida trata-se de

---

<sup>199</sup>BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2017.

<sup>200</sup>ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 117.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 118-119.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 119.

interpretação dada às normas infraconstitucionais, não cabe a interposição do recurso extraordinário alegando contrariedade ao princípio da legalidade, conforme o enunciado da Súmula n. 636 do STF, a qual dispõe: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

A partir dessa proposição baseada no entendimento sumulado da Suprema Corte, é possível inferir a consagração no art. 1.033 do CPC/2015 de que, para a admissibilidade do recurso extraordinário, deve preexistir a ofensa direta ao texto constitucional.

O estabelecido nesse dispositivo da nova lei processualista civil tem provocado efeitos nas decisões do Supremo Tribunal Federal, como pode ser visto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.006.954/RS, de relatoria do ministro Luiz Fux, onde decide monocraticamente seguindo outras jurisprudências dessa Suprema Corte, não ser possível por via de recurso extraordinário a apreciação ofensa indireta e reflexa a norma constitucional, quando este caso esteja restrito à matéria infraconstitucional:

“O recurso não merece provimento. A controvérsia a respeito da possibilidade de adoção da sistemática prevista no artigo 12-A da Lei 7.713/1988, incluído pela Lei 12.350/2010, para fins de cálculo do imposto de renda pessoa física incidente sobre rendimentos recebidos em atraso e de forma acumulada, a título de complementação de aposentadoria, **se restringe ao campo infraconstitucional, de forma que eventual ofensa à Constituição Federal seria meramente indireta e reflexa, o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita do recurso extraordinário.**

In casu, incide, mutatis mutandis, o óbice da Súmula 636 do STF, que dispõe, verbis: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Nesse sentido: RE 907.978-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 16/11/2015; RE 928.998, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 11/12/2015; RE 910.630, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º/2/2016; RE 959.776, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3/6/2016; RE 928.735, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 23/8/2016; ARE 996.691, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/10/2016; RE 1.002.741, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 20/10/2016; e RE Supremo Tribunal Federal RE 1.005.965, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/10/2016.”

Importante destaque merece a situação quando o recorrente impugna com dois fundamentos suficientes de ordem constitucional, mas a Suprema Corte reconhece somente

um deles como repercussão geral. Surgindo indagações do que deve ser feito, como também se o recurso deve ou não ser reconhecido.<sup>204</sup>

Nesse caso, a aceitação de apenas um dos fundamentos, permitirá que o outro não recebido, deixe inalterada a decisão recorrida. Com isso, o recurso extraordinário em apenas um fundamento será inútil.<sup>205</sup>

Há situações de contrariedade à Constituição Federal que, mesmo que suscitada a repercussão geral, não serão tratadas pelo recurso extraordinário, porque cabe apenas a ação rescisória. Tem-se essa hipótese como estabelecido no enunciado da Súmula n. 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.<sup>206</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier defende a seguinte posição: “impõe que se admita também uma nova situação em que, no julgamento do recurso especial, seja examinada também a matéria constitucional: aquelas em que, em razão da ausência de repercussão geral da questão constitucional, o recurso extraordinário não seja admitido”.<sup>207</sup>

Para compreensão de entendimento contrário, verifica-se a passagem apresentada por Pedro Miranda de Oliveira:<sup>208</sup>

“se o recurso extraordinário não for conhecido em razão de se entender ausente a repercussão geral da matéria constitucional invocada, o recurso especial, igualmente, deixará de ser conhecido, até mesmo por ausência de interesse por parte do recorrente, pois de nada adiantará seu provimento, na medida em que a decisão local se mantenha pelo fundamento constitucional considerado irrelevante para fins do regramento estabelecido no art. 102, §3º, da Constituição”.

---

<sup>204</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 339.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 339.

<sup>206</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 339.

<sup>207</sup> WAMBIER, 2008 apud DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 340.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, 2013 apud DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 340.

Sobre essa problemática, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há interferência na aplicação da Súmula n. 126 da Corte, mesmo com a necessidade de repercussão geral para o recurso extraordinário.<sup>209</sup>

Isto é, mesmo não havendo repercussão geral da questão constitucional que estabelece fundamento independente do acórdão recorrido, o recurso extraordinário não será conhecido por faltar o requisito da repercussão. Em seguida, aplica-se a Súmula 126 do STJ, ainda que tenha sido provido o recurso especial, haja vista o acórdão recorrido continuar íntegro por estar sustentado pelo fundamento constitucional.<sup>210</sup>

Entretanto, por mais que existam ambas as matérias, seja infraconstitucional e constitucional, tem-se que a questão constitucional decorre de ofensa reflexa ou indireta à Constituição Federal. Cabendo apenas o recurso especial, por não ser hipótese de recurso extraordinário.<sup>211</sup>

A Suprema Corte tem firmado o entendimento de que, nos casos de ofensa reflexa ou indireta à norma constitucional, não caberia o recurso extraordinário por não haver repercussão geral. Na verdade, não é devido à falta de repercussão geral, mas sim, porque a matéria não é constitucional.<sup>212</sup>

Reforça, assim, o cabimento da conversão do recurso extraordinário em recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal, como estabelece o artigo 1.033 do Código de Processo Civil de 2015.

Como também, afasta a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça de que todo recurso especial com questão federal deverá ser remetido ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário para que evite a invasão de competência.

---

<sup>209</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 340.

<sup>210</sup> STJ, 6ª T., AgRg no REsp n. 1.041.856/RJ, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 14.10.2008, publicado no DJe de 17.11.2008.

<sup>211</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3. p. 339.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 340.

### 3.3. Expectativas possíveis sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça a partir dos comandos previstos nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015

A Lei n. 13.105/2015 que estabelece as normas do Código de Processo Civil de 2015 introduziu novos tratamentos nos recursos especial e extraordinário. Com bastante destaque para a fungibilidade desses recursos, onde permite a conversão de um deles pelo outro.<sup>213</sup>

Na sistemática do Código anterior, admitia-se a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, quando existia a dúvida objetiva quanto à modalidade de recurso adequada e o respeito ao prazo.<sup>214</sup>

Ainda assim, esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves que sob a égide do CPC/1973, a jurisprudência pátria não aplicava, em seus julgamentos, a fungibilidade entre recurso especial e extraordinário, perante a alegação da existência de erro grosseiro em ditas hipóteses:<sup>215</sup>

“Os arts. 1.032 e 1.033 do Novo CPC consagram a fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário, contrariando jurisprudência que aponta sua inviabilidade em razão de erro grosseiro (STJ, 2a Turma, AgRg no AREsp 571.026/PE, rei. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21/10/2014, DJe 28/10/2014). **Trata-se de salutar medida, em especial para aquelas hipóteses de verdadeiro limbo jurisdicional, quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial alegando tratar-se de decisão violadora de norma constitucional e o Supremo Tribunal Federal, não conhecer recurso extraordinário interposto contra a mesma decisão afirmando que a violação ao texto constitucional é reflexa** (STJ, 2a Turma, EDcl no REsp 1.364.167/RS, rei. Min. Og Fernandes, 26/11/2013, DJe 09/12/2013 e STF, 2a Turma, RE 808.931 AgR/RS, rei. Min. Teori Zavascki, j. 05/05/2015, DJe 18/05/2015; STJ, 3a Turma, AgRg no AREsp 307.887/SC, rei. Min. Sidnei Beneti, j. 17/12/2013, DJe 04/02/2014 e STF, 2a Turma, ARE 736.569 ED/ES, rei. Min. Carmen Lúcia, j. 17/09/2013, DJe 14/10/2003)”

Essa novidade entregue pelo CPC/2015, portanto, solidifica expressamente a aplicação do princípio da fungibilidade recursal para os recursos especial e extraordinário. Esse

<sup>213</sup> ARAÚJO, Ana Carolina San Martin. *Os artigos 1032 e 1033 do novo Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade das formas e da primazia da decisão de mérito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017.

<sup>214</sup> ARAÚJO, Ana Carolina San Martin. *Os artigos 1032 e 1033 do novo Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade das formas e da primazia da decisão de mérito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017.

<sup>215</sup> ARAÚJO, Ana Carolina San Martin. *Os artigos 1032 e 1033 do novo Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade das formas e da primazia da decisão de mérito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017.

princípio advém da nova temática pregada pelo novo código, propondo uma nova situação processual vivida no sistema recursal, no qual fixa a regra da primazia da análise de mérito, buscando o aproveitamento dos atos processuais.<sup>216</sup>

Bem verdade que nas bases do entendimento firmado pelo Enunciado 104 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que dispõe: “o princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.

A novidade da fixação expressa do princípio da fungibilidade recursal estabelecida pelos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015, ganha relevância porque propicia mudança de cenário encontrado no código anterior.

Na vigência do CPC/1973, como não havia de forma expressa o princípio da fungibilidade recursal, o recorrente de posse do acórdão proferido em tribunal de segunda instância, não conseguia identificar se a violação tratava de questão infraconstitucional ou constitucional. Assim, promovia a interposição simultânea do recurso extraordinário e especial, na qual provocava um trabalho imenso porque acabava um dos dois recursos não seguindo, após juízo de admissibilidade, consolidando-se seu fim.

Isso ocorria, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal negava o recebimento do recurso extraordinário porque entendia não ter violação constitucional, bem como o Superior Tribunal de Justiça não recebia o recurso especial tendo, por sua vez, o entendimento de violação constitucional e deixando a parte perplexa.

Todavia, com a novidade do CPC/2015, a parte poderia promover as alterações quando o tribunal entender que não cabe o recurso e assim remeter o correto, passando o tribunal a ter uma participação, havendo assim uma democratização do processo.

Neste momento, busca-se consolidar todos os elementos tratados ao longo deste trabalho, para que seja possível ter grandes expectativas de que a Corte Superior de Justiça possa visualizar perante os permissivos dos artigos 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015 o exercício do controle difuso de constitucionalidade da lei.

---

<sup>216</sup> ARAÚJO, Ana Carolina San Martin. Os artigos 1032 e 1033 do novo Código de Processo Civil e o princípio da instrumentalidade das formas e da primazia da decisão de mérito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 159, abr 2017.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho permitiu realizar um estudo sobre a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade ser executado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial.

De início, no primeiro capítulo, foram traçadas linhas iniciais para a compreensão do instrumento do recurso especial, desde o seu conceito, nomenclatura, suas bases históricas, a previsão legal, como as hipóteses de cabimento, como também os procedimentos comum e o caso das demandas repetitivas, em seguida, uma importante análise sobre seu efeito translativo e por fim, uma visão das funções jurídico-políticas exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Perante essa primeira passagem, foi estabelecida importante análise sobre o efeito translativo do recurso especial. Verifica-se que o efeito translativo possibilita que o Tribunal conheça de uma questão independente que foi provocada pelo recorrente, sendo esse efeito uma decorrência do princípio inquisitivo.

Ressalta-se que matérias de ordem pública não estão submetidas ao regime da preclusão, pois o interesse envolvido é difuso. Com isso, mesmo que a parte deixe de alegar essas matérias, estará o Poder Judiciário na condição de conhecê-las de ofício, independentemente de estar em sede recursal, possibilitando a piora da sucumbência em que o recorrente já se encontrava antes de recorrer. Tudo isso como forma de obedecer ao princípio da prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesses termos, encontra-se no efeito translativo uma forma de se excepcionar os efeitos do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Não sendo estranha essa mitigação do princípio da proibição, dado que o recurso especial, por mais que seja um meio de impugnação, tem a finalidade de proteger a aplicabilidade da norma infraconstitucional, como também de pacificar o ordenamento jurídico.

Ademais, com o prequestionamento ficto enfatiza que o recurso especial supriria a ausência da questão suscitado no acórdão que procura impugnar, para que a matéria seja



analisada pelo juízo *a quo*, possibilitando com isso, a interposição dessa matéria pela via do recurso especial.

Assim, com a superação do juízo de admissibilidade, o Superior Tribunal de Justiça adentra o juízo de mérito do recurso especial e, nesse momento, a Corte se sujeita ao disposto no artigo 255, §5º do seu Regimento Interno e Súmula n. 456 da Suprema Corte.

Sujeito a essas normas, o Superior Tribunal de Justiça, após entender pelo cabimento do recurso especial, poderá conhecer matérias de ordem pública de ofício, pois estará exercendo a aplicabilidade do direito à espécie, dado que referidas matérias não se submetem à preclusão.

Com base no que foi discutido até aqui, pode-se concluir pela possibilidade do conhecimento de ofício das matérias de ordem pública em sede de recurso especial, contanto que com o atendimento do prequestionamento e superado o juízo de admissibilidade, proporcionando a Corte Cidadã adentrar o juízo de mérito recursal.

Enfatiza-se que o não conhecimento de matéria de ordem pública na via do recurso especial trará transtorno ao recorrente que deverá promover uma ação autônoma para impugnar e buscando com isso o saneamento desse vício, que já deveria ter sido solucionado, porque não confirmaria as noções de instrumentalidade, celeridade e economia processual, tanto que o Poder Judiciário se omite da prestação de uma efetiva tutela jurisdicional.

Por conseguinte, no segundo capítulo, foi necessário apresentar a atual posição do Superior Tribunal de Justiça perante o conhecimento de matéria constitucional. Com análise preliminar dessa posição e, anotações ao entendimento firmado pela Corte em relação à violação direta e reflexa, a carga de constitucionalidade vivida pelo recurso especial, encerrando nas consequências processuais geradas por esta postura adotada pela Corte Superior de Justiça.

Visto em um acórdão que existe uma posição minoritária no Superior Tribunal de Justiça que entende pela possibilidade da Corte apreciar em sede de recurso especial, a violação reflexa à Constituição Federal. Por entender que a questão principal a ser discutida é uma violação à lei federal e a existência de um mero indício constitucional a ser apreciado

Entendimento esse que advém do controle difuso de constitucionalidade adotado no Brasil por influência do modelo norte-americano, por possibilitar aos juízes e tribunais realizar a análise de constitucionalidade suscitada nas demandas apresentadas para julgamento. Nesse controle, o efeito é aplicado ao caso concreto.

Ademais, o modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade inserido no ordenamento jurídico brasileiro reservou à Suprema Corte a produção do entendimento da norma constitucional firmado em julgamento por meio do efeito *erga omnes*, ou seja, aplicável a todos os órgãos jurisdicionais.

Dificilmente, a existência de um recurso especial que não tenha indícios de ordem constitucional a ser apreciado no mérito da violação à lei federal. Dessa maneira, poderia o Superior Tribunal de Justiça apreciar a questão constitucional suscitada em sede de recurso especial quando for uma violação reflexa à Constituição Federal, sem ferir a competência de análise a violação direta feita pela Suprema Corte.

Chega-se assim, ao estudo do último capítulo que trata do objeto dessa pesquisa, na qual verifica a possibilidade de solução para que o Superior Tribunal de Justiça possa apreciar a violação reflexa à Constituição Federal, sem ter o receio de invadir a competência do Supremo Tribunal Federal. A solução discutida baseia-se na dinâmica trazida pelos artigos 1.032 e 1.033 do Código de Processo Civil de 2015.

A previsão dos mencionados dispositivos da lei processual civil, no qual a Suprema Corte remeterá ao Superior Tribunal de Justiça os autos do recurso quando entender que a violação à Constituição Federal seja reflexa.

O Código de Processo Civil de 2015 veio disciplinando essa discussão nos artigos 1.032 e 1.033 quando consolidou o princípio da fungibilidade recursal aos recursos especial e extraordinário. Nesses dispositivos, disciplinou o chamamento da parte para promover a adequação do recurso para que seja remetido na sua forma correta.

Especial destaque é dado ao artigo 1.033 do CPC/2015, pois positivou a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça apreciar questão constitucional quando o Supremo Tribunal Federal entender que se trata de ofensa reflexa à Constituição Federal.

Nesses termos, o entendimento consolidado nesse trabalho defende a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça, por meio do controle difuso de constitucionalidade, apreciar ofensa reflexa à Constituição Federal, quando for suscitado indício de inconstitucionalidade de lei federal em sede de recurso especial.

O Código de Processo Civil de 2015 reforça que o Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, terá que rever sua jurisprudência. Segundo a qual, não se analisa nem seque a violação reflexa à Constituição por meio do recurso especial.

A ausência de reflexões constitucionais em sede de recurso especial poderia reduzir a legitimidade dos precedentes perante os Tribunais de Cúpula, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Desta Forma, reforçaria a ideia dos precedentes trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- ASSIS, Araken de, Manual dos recursos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.
- AZZONI, Clara Moreira. Recurso especial e extraordinário: aspectos gerais e efeitos. São Paulo: Atlas, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.
- BARIONI, Rodrigo. Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores. São Paulo: RT, 2010.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3ªed. São Paulo: RT, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3.
- DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8. ed. Salvador: PODIVM, 2010. v. 3, pp. 52-53.
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016: *ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Brasília: 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.
- MENDES, Leonardo Castanho. *O recurso especial: e o controle difuso de constitucionalidade*. São Paulo: RT, 2006.

MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; NOVAIS, Fabrício Muraro. *Reflexões sobre o cabimento do recurso extraordinário e do papel do recurso especial na ordem constitucional brasileira: premissas para uma discussão séria*. Revista de Processo, v. 192, São Paulo, RT, 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *O Poder Judiciário na nova Constituição. A nova ordem constitucional – Aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NERY JR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: RT, 2003.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, Nelson Luiz. Manual dos recursos cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, n. 9.3., 2001.

REIS, Sérgio Cabral dos; MIRANDA, Diego Cabral. . Efeito translativo no recurso especial. *Âmbito Jurídico*, v. n. 96, p. 1-10, 2012.

Relatório-Mesa Redonda sobre “Reforma do Poder Judiciário”, p. 136, publicado na Revista de Direito Público e Ciência Política, v.8, n.º2, Rio de Janeiro, FGV, 1965. Integravam a mesa redonda: Themístocles Brandão Cavalcanti, Caio Tácito, Alfredo Lamy, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale. Os quatro primeiros integravam o Conselho Diretor do Instituto, os demais figuraram como convidados.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial – Visão geral. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Roberto Carvalho de. Recurso especial. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Theotonio Negrão, Reforma do processo e da organização judiciária, p. 281, reproduzindo, conforme assinalou em nota de rodapé, discurso proferido em 09.12.1987 na OAB/SP.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça – Competência originária e recursal. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ªed. São Paulo: RT, 2008.