

ALGUMAS NOVIDADES NA TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CPC/2015

SOME NEWS ON THE PROCESSING OF EXCEPTIONAL RESOURCES AT CPC / 2015

Vinicius Silva Lemos

Advogado. Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR.

Diretor-Geral da ESA/RO. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar as alterações trazidas pelo CPC/2015 para os recursos excepcionais – especial e extraordinário. A explicação de sua excepcionalidade, a inserção de uma nova visão de admissibilidade, reflexos do princípio da primazia ao julgamento de mérito, fungibilidade entre os recursos, aproveitamento e sanabilidade, juízo de mérito diversos, pedido de efeito suspensivo, dentre outras mudanças.

Palavras-Chave: Recursos Excepcionais; Alterações Legislativas; Admissibilidade; Mérito.

ABSTRACT: This article aims to analyze the results presented by CPC / 2015 for exceptional resources - special and extraordinary. An explanation of its exceptionality, an insertion of a new vision of admissibility, reflections from the principle of primacy to the judgment of merit, fungibility between resources, use and sanability, various merits judgment, request for suspensive effect, changes among others.

Keywords: Exceptional Resources; Legislative changes; Admissibility; Merit.

1. INTRODUÇÃO

A nova norma processual é uma realidade no cotidiano jurídico, seja na academia ou na prática forense, com a necessidade de estudo de suas mudanças, principalmente as mais impactantes neste dia a dia do labor judicial.

O CPC/2015 trouxe diversas alterações em toda a sistemática recursal, com modificações pertinentes a vários recursos e não foi diferente sobre os recursos excepcionais – especial e extraordinário – com grandes inovações e adaptações possíveis, com o intuito de proporcionar uma melhora sintonia e recorribilidade para o jurisdicionado e, ainda, um melhor trâmite recursal.

O impacto nos recursos aos Tribunais Superiores é enorme, com novos institutos, como a fungibilidade entre ambos os recursos; em comparação com a concomitância de interposição; a flexibilização da admissibilidade como regra; extinção da forma de interposição retida em acórdão de agravo de instrumento; juízo de mérito com amplitude maior sobre o capítulo impugnado, dentre outros.

Esse estudo visa delinear alguns pontos novos sobre os recursos excepcionais e o trâmite nos Tribunais Superiores.

2. EXCEPCIONALIDADE DA JURISDIÇÃO SUPERIOR

Os recursos são atos processuais voluntários, realizados pelos legitimados prejudicados, com a finalidade de impugnar uma decisão, proporcionando um reexame por um órgão colegiado, hierarquicamente superior¹, almejando uma melhora na sua situação processual. Entretanto, a finalidade recursal dos recursos excepcionais é bipartida, almejando a defesa do direito e sua interpretação uniforme², para, como consequência, possibilitar ao recorrente a melhora pretendida.

Não há, ao menos na visão jurídica maior, um interesse primordial na prestação jurisdicional para as partes processuais no âmbito dos Tribunais Superiores, mas uma prioridade em proporcionar a segurança jurídica com uma uniformização de jurisprudência, a defesa jurídica estatal ao direito elencado na demanda, seja lei federal no caso do STJ ou a Constituição Federal no STF.

1 - Comentário do autor: com legitimidade pela parte, MP ou terceiro prejudicado. Alguns recursos não tem a característica do “hierarquicamente superior”, entretanto, na normalidade do duplo grau de jurisdição caracteriza essa visão hierárquica.

2 - “As Cortes Supremas definem o sentido da lei federal e da Constituição, agregando sentido à ordem jurídica, e apenas por isso os seus precedentes devem ser obrigatoriamente respeitados pelos juízes e tribunais. Toca às raíais do absurdo elencar entre os pronunciamentos com força obrigatória as decisões proferidas em recursos repetitivos, esquecendo-se das demais decisões, inclusive das tomadas em repercussão geral pelo STF. Isso apenas teria lógica se a função das Cortes Supremas estivesse limitada a otimizar o trabalho do Poder Judiciário. Ora, a função da Corte Suprema, mais do que evitar decisões diferentes para casos em que se repetem em massa, dirige-se a casos que abrem oportunidade para a orientação da sociedade mediante a instituição de precedentes.” MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 65 – Mar/Abr/2015. p. 21.

Recorrer aos Tribunais Superiores não é direito das partes; não basta somente a existência da sucumbência na demanda para possibilitar a existência do interesse recursal, como ocorre nos recursos que cumprem o duplo grau de jurisdição – os recursos ordinários. O acesso à jurisdição superior nasce da necessidade de defesa do direito, teoricamente ofendido na demanda³, proporcionando aos Tribunais Superiores a realizarem essa análise, para, se for o caso, julgarem a decisão prolatada em única ou última instância e, ainda que seja fora da órbita da interpretação jurídica, realizando a manutenção da jurisprudência e aplicabilidade do direito de maneira eficaz e uniforme, garantindo uma igualdade para os jurisdicionados daquele processo, tanto quanto para os cidadãos de forma ampla.

Os Tribunais Superiores não são, meramente, de revisão, não possibilitando qualquer matéria, bem como todos os processos terem acesso, mas somente matéria restrita, definida em norma constitucional como importante para uma revisão, tornando esta limitada, com caráter de excepcionalidade, fugindo do processo de objeto ordinário/comum, para processo de objeto extraordinário/diferente, necessitando da intervenção de defesa da lei federal ou da norma constitucional. Por causa disso, o recurso especial para o STJ e o extraordinário para o STF, juntos, ganham a denominação de *recursos excepcionais*.

Quando há a prestação jurisdicional de primeiro e segundo grau, o direito das partes na revisão material ilimitada encerra ali, com o acórdão perante o Tribunal de revisão e, somente em casos em que aquele Tribunal interpretou a norma de modo equivocado, diferente da letra legal ou de interpretação de outros Tribunais ou dos Tribunais Superiores, que possibilita o cabimento recursal nessa modalidade excepcional. Dessa feita, não são todos os processos que podem chegar até as instâncias superiores; são as exceções, dependendo do resultado material da ação – no acórdão do Tribunal de segundo grau – e seus fundamentos.

Sobre essa jurisdição excepcional, de forma diversa do duplo grau de jurisdição, realizada somente em determinadas situações, Mancuso explica que o fato de “*os recursos extraordinário e especial pertencem à classe dos “excepcionais” reside em que seus pressupostos não são dados pela lei processual, e sim pela Constituição Federal*”⁴. O normal do regramento

3 - “Para a solução do problema certamente não terá trazido a mínima contribuição o caráter analítico da Constituição: quanto maior a quantidade de normas que contém, maior é naturalmente a quantidade de questões que suscita, e maior a probabilidade de que se tente submetê-las ao crivo da Suprema Corte. O problema aqui se agrava substancialmente pela formidável instabilidade do texto constitucional, objeto de dezenas de emendas ao longo de sua vigência” ASSUMPÇÃO, Hécio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. in Meios de Impugnação ao Julgado Civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Adroaldo Fabrício (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 265.

4 - MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

recursal é a disposição em torno do cabimento e sua recorribilidade sobrevir do ordenamento processual, do código de processo. No entanto, em relação a esses dois recursos – especial e extraordinário, a disposição é constitucional, sendo mencionada na lei processual como uma especificação das regras de interposição e detalhes menores do andamento processual, ou seja, somente sobre a procedimentalidade recursal, mas a base da existência e hipóteses de utilização está na Constituição Federal, nascendo, legalmente, de modo diverso dos demais recursos.

Esse aspecto constitucional demonstra a importância não somente dos recursos excepcionais, mas também dos próprios Tribunais Superiores, com funções diversas dos Tribunais locais, no intuito de realizar análises recursais diferentes das demais explicitadas na legislação processual.

A visão passa por realizar, antes de tudo, uma defesa do direito, a manutenção da ordem jurídica, a interpretação da lei, de modo a proporcionar segurança jurídica, esses são os pontos positivos da existência dessa revisão jurisdicional realizada pelos Tribunais Superiores. O direito do recorrente, aquele bem jurídico específico da demanda, é consequente da análise de proteção à lei federal ou à Constituição, não podendo ser a base central do recurso, o que diferimos, aqui, dos recursos de duplo grau. Não se recorre, no âmbito excepcional, para garantir um êxito na demanda, mas para alcançar a proteção normativa e, depois, realizada a proteção à norma – federal ou constitucional – alcança-se o direito reivindicado pela parte, como uma prestação jurisdicional secundária.

A função desses recursos excepcionais é maior do que o seu próprio processo, com um viés de objetivação⁵ da própria análise recursal, bem maior do que o bem jurídico pretendido e, também, das partes ali presentes, de forma a serem “mais do que recursos, são meios de possibilitar ao STF o controle da constitucionalidade e ao STJ o controle da validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade do direito federal⁶.”

3. ALGUMAS NOVIDADES NA TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO CPC/2015

3.1. Fungibilidade entre os recursos: especial e extraordinário

Os recursos para os Tribunais Superiores – especial e extraordinário – atacam, por vezes, a mesma espécie de decisão, o acórdão do Tribunal de segundo

5 - Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In.: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (coord.). Recursos e duração razoável do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

6 - MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

grau. Um quando há ofensa à lei/norma federal, outro quando há matéria constitucional pertinente para tanto. É necessário, portanto, uma análise pelo possível recorrente sobre o conteúdo do acórdão para realizar, corretamente, o enquadramento recursal, intentar o recurso especial, quando for o caso de ofensa a dispositivo de lei federal e suas vertentes ou, o recurso extraordinário, quando contiver matéria constitucional. Um enquadramento equivocado, uma possível confusão entre a matéria federal ou constitucional pelo recorrente, se intentasse o recurso equivocado, pelo CPC/73, o recurso seria inadmissível, totalmente prejudicado, diante do erro processual realizado.

Quando, em um acórdão, houver pluralidade de pedidos ou matérias e, cada ofensa for em pontos ou questões diversas e autônomas, caberá a concomitância entre os recursos especiais e extraordinários, podendo intentar ambos contra o mesmo acórdão. O cerne da questão da fungibilidade, como veremos na construção de raciocínio, ocorre quando, em uma mesma questão ou, em um acórdão que somente tem uma matéria, nesta mesma, o Tribunal recorrido consegue, ao mesmo tempo, infringir a lei federal e o texto constitucional.

Nessa hipótese de dupla ofensa, ao mesmo ponto material interno do acórdão, somente caberá um dos recursos, com a necessidade de escolha sobre qual recorribilidade realizar. No direito brasileiro, muitas normas têm o mesmo teor, tanto na Constituição Federal, quanto na lei federal. A dúvida? Quando um desses dispositivos multifacetados for infringido, de certo modo, ambos os textos legais foram ofendidos, mas, como somente cabe um recurso excepcional, qual intentar? Essa dúvida sempre houve no cotidiano forense.

No CPC/73, quando persistia a dúvida se havia uma ofensa a dispositivo da Constituição ou lei federal, normalmente, o recurso extraordinário interposto era inadmitido por falta de adequação correta. O STF, por muitas vezes, entendia como ofensa reflexa⁷ à Constituição, não enquadrando na hipótese do art. 102, III, A, respondendo pelo não conhecimento recursal⁸. Por outro lado, o STJ entendia, em situações idênticas, que havia uma contrariedade

7 - “O STF não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir o que denomina de *inconstitucionalidade reflexa ou indireta*. Esse conceito descreve, de forma geral, hipóteses nas quais a parte interpõe o recurso alegando que a decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais.” BARROSO, Luis Roberto. Recurso extraordinário e a violação indireta da Constituição: ilegitimidade pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 04/04/2017.

8 - “Vale destacar que milhares de recursos extraordinários são negados pelo fundamento de ofensa reflexa ou indireta e que, com o disposto no art. 1.033, serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o juízo de admissibilidade.” SILVA, Christine Oliveira Peter da. Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB. p. 382.

à Constituição e não à lei federal, não admitindo a interposição de recurso especial.

Em uma situação dessa, no ordenamento revogado, o jurisdicionado com um caso idêntico a esse, se via diante de um limbo processual⁹, sem saída sobre a recorribilidade correta, sem ter uma visão de adequação e correspondência¹⁰ fácil sobre a real ofensa existente no acórdão a ser impugnado pelo recurso excepcional.

Desse modo, seja no CPC/73 ou no CPC/2015, há um conflito negativo¹¹ de admissibilidade entre os Tribunais Superiores, justamente pelo fato dessa dúvida sobre a matéria a ser impugnada no acórdão do Tribunal de apelação.

Já no CPC/2015, existe a aplicação do princípio da fungibilidade entre os recursos excepcionais, tanto na interposição do recurso especial na hipótese do extraordinário, quanto na situação inversa. Entretanto, há de se imaginar que o equívoco somente será possível de ser tergiversado, quando houver uma dúvida plausível, em hipóteses complementares subjetivas de cabimento de ambos os recursos. Pelo princípio da primazia de mérito e a possibilidade criada nos art. 1.032 e 1.033¹², o novel ordenamento imaginou uma saída processual para a eventual omissão de um ou ambos Tribunais Superiores, quando houver

9 - “Exemplo disso é a regra no sentido de que o STF só cabe conhecer de “ofensa direta” à Constituição Federal. Isto significa dizer que, se para demonstrar que houve a ofensa à Constituição Federal, a argumentação da recorrente tem necessariamente de passar pela lei ordinária (que, v.g., repete o princípio constante na Constituição Federal) e porque se estaria diante de ofensa “indireta” à Constituição Federal, que, por isso, não deveria ser examinada pela via do recurso extraordinário. Esta regra, em nosso entender, leva a um paradoxo: a Constituição Federal consagra certo princípio e se, pela relevância, a lei ordinária repete, por isso, o tribunal, cuja função é de zelar pelo respeito à Constituição Federal, abdica de examinar a questão.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio dos recursos de estrito direito e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001. p. 169.

10 - “Sabe-se que o sistema recursal brasileiro é informado por uma série de princípios, entre eles o da singularidade e o da correspondência. Pelo princípio da singularidade, para cada pronunciamento judicial recorrido existe, em regra, somente um recurso previsto. E, pelo princípio da correspondência, existe verdadeira correlação entre os pronunciamentos judiciais e os tipos de recurso cabíveis. O princípio da fungibilidade recursal consiste, então, numa atenuação desses princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os Agravos no CPC Brasileiro. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000. p. 34.

11 - “E os artigos 1.032 a 1.033 do CPC/2015 têm, exatamente, a virtude de permitir, vez por todas, uma solução concreta para o conflito negativo de atribuição, gerando, com isso, padrões decisórios a serem seguidos pela própria Corte (vinculação horizontal) e pelos demais tribunais de 2o grau e juízes (vinculação vertical), tudo por observância aos arts. 926 a 928 do CPC/2015.” CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada – v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 817.

12 - “Para obviar aos inconvenientes de se impedir a análise da questão de direito aventada no recurso extraordinário, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu que, caso o STF entenda que a violação à Constituição é reflexa, porque a questão foi resolvida à luz de norma federal infraconstitucional, deverá remeter o recurso extraordinário ao STJ, para que este o julgue como recurso especial (art. 1.033 do CPC/2015).” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 706.

essa negatividade sobre o cabimento recursal. Pela nova regra, não há a inadmissibilidade e, conseqüentemente, algum dos Tribunais julgará o recurso interposto, nem que seja pela fungibilidade.

No entanto, para a aplicabilidade dessa fungibilidade, algumas regras devem ser seguidas; a primeira é a existência de dúvida plausível entre o cabimento de qual recurso excepcional e não um erro grosseiro. Dentre as hipóteses de cabimento de cada um dos recursos excepcionais, há aquelas subjetivas e, outras, objetivas. Não há como imaginar que um recurso especial que tentou impugnar um acórdão com declaração de inconstitucionalidade de uma norma federal – alínea B do art. 102, III – seria possível de fungibilidade. Em casos como esse, o equívoco deve ser encarado como erro grosseiro, já que não se pode arguir dúvida plausível entre uma hipótese objetiva e outra subjetiva. Podemos entender, dessa maneira, que o normal será a fungibilidade entre as alíneas A de cada dispositivo – art. 102, III e 105, III – pelo fato de, ambas, falarem sobre a contrariedade à norma, mesmo que em níveis diferentes, mas que possibilitam uma confusão entre elas¹³. Não há como imaginar uma fungibilidade sem ser por essas hipóteses, por total falta de possibilidade de aproveitamento do recurso equivocadamente interposto.

Ultrapassada essa questão sobre a hipótese de cabimento do recurso excepcional, sendo que ambos os recursos são para os Tribunais Superiores, em caso de enquadramento equivocado, o recorrente tem a oportunidade do seu recurso ser reaproveitado, remetido para o órgão correto, não sendo declarado diretamente inadmissível¹⁴. Na dicção do art. 1.032, quando o relator do STJ entender que não houve o enquadramento correto, em vez de questão federal, o correto seria a impugnação a uma matéria constitucional, há a possibilidade de aproveitamento de tal recurso, mesmo com a delimitação e fundamentação material equivocada, transformando-o em recurso extraordinário, com a devida remessa ao STF, para processamento e julgamento. Da mesma forma ocorre o inverso; quando o relator do STF, ao receber o recurso extraordinário, verificar

13 - “Com efeito, se determinado tema é previsto na Constituição e, novamente, em lei ordinária, significa que o legislador, sensível aos anseios populares, deu ao assunto um grande valor, daí porque, se judicializa a questão, esta deve, havendo repercussão geral, ser decidida, em último nível, pelo órgão que tem o dever de dar a palavra final em matéria constitucional. Se, de outro lado, o STF entender que a matéria é afeta ao STJ, deve remeter o recurso à outra Corte e não, como ocorre hoje, negar seguimento ao recurso extraordinário, porque, com a devida vênha, o Poder Judiciário não pode aplicar uma interpretação que deixe o jurisdicionado sem resposta, positiva ou negativa, às suas pretensões.” CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 817.

14 - “A regra nasceu da dificuldade que há em se distinguir ofensa à lei de ofensa à Constituição. De fato, há questões que são simultaneamente constitucionais e legais. Há matérias que comportam análise sob a ótica constitucional sob a perspectiva de lei ordinária. Em muitas ocasiões, a distinção entre ofensa direta e reflexa à Constituição Federal é tarefa bastante difícil, senão impossível.” MIRANDA, Pedro de Oliveira. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015. p. 267.

que a matéria ali exposta é uma questão federal, somente com um reflexo constitucional, pode, da mesma maneira, aproveitar a existência recursal, para transformá-lo em recurso especial, com a devida remessa ao STJ, conforme disposto no art. 1.033¹⁵.

No entanto, devemos analisar a prerrogativa de competência para tal decisão. No caso do art. 1.032¹⁶, na fungibilidade do recurso especial recebido para transformá-lo em extraordinário, a decisão cabe ao relator, com a sua discricionariedade em decidir monocraticamente. Já, no STF, acontece de igual forma? Uma dúvida pertinente. A princípio, há de se imaginar que sim, mas, analisando a dicção do art. 1.033, o ali disposto passa pelo “*se o Supremo Tribunal Federal considerar,*” o que, num primeiro momento, coloca como uma competência colegiada, pelo STF, como uma forma de julgamento conjunto, sem a possibilidade do relator fazê-lo monocraticamente. Há plausibilidade em imaginar essa hipótese? Não há como pensar que a fungibilidade seria somente pelo colegiado, ainda que, durante o julgamento, possam realizar a decisão, todavia, o normal é que seja realizada, quando possível, pelo relator, até para não enviar a matéria, desnecessariamente, para o colegiado/pleno.

Como a fungibilidade acaba por ser uma *via de mão dupla*, uma simetria em suas possibilidades, é e deve ser visualizada como possível e plausível. Marinoni denominada como *livre trânsito entre os recursos excepcionais*.

Dessa maneira, mesmo não dispondo, no art. 1.033, que a função de análise é do relator, para transformar o extraordinário em especial, não há problema que assim o faça, se entender pertinente. Em ambos os casos, o relator deve fazer¹⁷, sempre que possível e pertinente, a fungibilidade, com a possibilidade somente de fundo e em última situação, do colegiado realizá-lo.

Essa decisão monocrática pode ser agravável? A princípio, se imagina que o relator realizou tal desiderato, com uma clara “ajuda” ao

15 - “A ideia de que os tribunais superiores ocupariam “nichos” bem separados e definidos, em que o STF julgaria apenas questões constitucionais através de recursos extraordinários, e o STJ resolveria somente questões federais infraconstitucionais ao julgar recursos especiais, resta, segundo pensamos, totalmente comprometida. O Código de Processo Civil de 2015, atento a esses problemas, estabeleceu, para os casos em que os tribunais superiores controverterem quanto a tratar-se de constitucional ou federal a questão de direito suscitada na decisão recorrida, a possibilidade de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, ou vice-versa.” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015. p. 706.

16 - “O art. 1.032 do CPC traz regra que concretiza o princípio da fungibilidade dos recursos e, por consequência, também, o princípio da primazia da decisão de mérito e o princípio da cooperação. Em vez de levar à extinção do procedimento recursal sem exame do mérito, o fato de o recurso versar sobre questão constitucional leva à conversão dele em recurso extraordinário, com a remessa dos autos ao STF.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 137

17 - Enunciado n.º 566 do FPPC: Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional.

recorrente, para adequar o recurso excepcional equivocado ao que seria correto para aquela situação. Por qual motivo, então, o recorrente teria interesse recursal em agravar da decisão que, teoricamente, lhe é auxiliar? Em todo caso, a decisão judicial pode ser falível, com erro/equívoco na questão, decidindo pela fungibilidade quando não seria necessário, desse modo, quando ocorrer qualquer situação em que o recorrente entenda que não é pertinente a fungibilidade, com a possibilidade do colegiado se manifestar.

A fungibilidade será, de todo modo, pouco utilizada, a recorribilidade de sua decisão menos ainda, contudo, plenamente possível.

O intuito de existência dessa fungibilidade, entre os recursos excepcionais, perfaz a utilização do princípio da primazia ao julgamento de mérito¹⁸, como uma evolução do princípio da instrumentalidade das formas¹⁹, para almejar que se julgue o mérito recursal, relativizando a formalidade processual do cabimento, para almejar a resolução do conflito, a prestação jurisdicional ao cidadão.

A confusão da matéria e as ofensas existe, não de forma sazonal ou excepcional, mas com certa frequência, ocasionando, muitas vezes, o não conhecimento ou o improvimento do recurso para o Tribunal Superior, gerando prejuízo ao jurisdicionado²⁰. Sem uma certeza de qual espécie de ofensa foi

18 - “Vale destacar que milhares de recursos extraordinários são negados pelo fundamento de ofensa reflexa ou indireta e que, com o disposto no art. 1.033, serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para o juízo de admissibilidade.” SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB. p.382.

19 - “Sem transformar as regras formais do processo num sistema orgânico de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas do caminho do mais incauto, mas também sem renegar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 329.

20 - Decisão. Vistos. Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário amparada no seguinte fundamento: “No entanto, observo que o STF já se manifestou sobre a questão constitucional levantada pela parte autora, no julgamento do AI 801429 SP. Eis o inteiro teor da decisão: Agravo regimental no agravo de instrumento. Coisa julgada. Ofensa ao art. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV, da CF. Matéria infra-constitucional. Ofensa reflexa à Constituição. 1. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão agravada. 2. A suposta violação do art. 5º, XXXVI, LIV e LV, da CF/88, configura-se, em regra, como no presente caso, mera ofensa reflexa. 3. Agravo regimental não provido. (Ministro Dias Toffoli, Data do Julgamento: 07.02.2012, 1ª Turma)”. Decido. O entendimento da Corte é no sentido de que deve a parte impugnar todos os fundamentos da decisão que não admitiu o apelo extremo, o que não ocorreu na espécie, uma vez que mantida incólume a motivação acima reproduzida. A jurisprudência de ambas as Turmas deste Tribunal é no sentido de negar provimento ao agravo quando, como no caso, não são atacados os fundamentos da decisão que obsta o processamento do apelo extraordinário. Nesse sentido: AI nº 488.369/RSAgR, 4/5/04, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 28/5/04, e AI nº 330.535/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, DJ de 21/9/01, e ARE nº 637.373/MS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11, esse último assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RAZÕES DO RECURSO NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 287 DO STF. ARTIGO 543 DO CPC. REMESSA DO FEITO AO STJ. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I O agravo não atacou os fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, o que o torna inviável,

realizada, há uma dúvida sempre no ar.

As hipóteses apresentadas nos arts. 1.032 e 1.033 devem ser vistas como fungibilidade ou *eventual conversão recursal*? O relator está aceitando um recurso como outro ou, simplesmente, transformando-o um recurso em outro, adequando à hipótese recursal para a situação correta. A dúvida parece irrelevante, no sentido prático de que o efeito seria possibilitar julgar o mérito, entretanto, a fungibilidade existe para aceitar-se a interposição de um recurso, com os efeitos do outro. A conversão seria transformar um recurso interposto em outro; uma diferença sutil, mas contundente para esta situação. Muito mais me parece que houve a aceitação de um recurso como outro, do especial como extraordinário e vice-versa.

A preocupação com o direito material, baseada na utilização do princípio da primazia de mérito cominado com o princípio da efetividade do processo, com o alcance da resolução meritória do recurso, relativizando eventuais percalços processuais para um fim comum, a prestação jurisdicional mais ampla, com um resultado mais prático da resposta estatal. O processo deve ser um meio em busca da resolução material, um procedimento para a finalidade da solução ao conflito de interesses, não impedindo que ele, quando for possível, julgar o recurso, mediante alguma relativização. Esse é um avanço da legislação, com um olhar mais material ao direito do que uma rigidez processual.

3.1.1. A necessidade da complementação na hipótese do recurso especial aceito como recurso extraordinário

Com a possibilidade da fungibilidade recursal entre as espécies excepcionais, a interposição para os Tribunais Superiores ganha, como já vimos, uma flexibilidade processual, de modo a reaproveitar o que seria um recurso inadequado, transformando-o em outro recurso, seja do especial para o extraordinário, como vice-versa.

Entretanto, quando a fungibilidade ocorre na aceitação do recurso especial como extraordinário, para a mutação processual ser completa, há a necessidade da complementação recursal, concedendo prazo para o recorrente adequar o recurso à nova situação, fundamentando sobre o requisito de admissibilidade do extraordinário, a repercussão geral – no prazo de 15 dias, argumentando sobre a sua existência, aproveitando,

conforme a Súmula 287 do STF. Precedentes. II É desnecessário aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ quando o extraordinário não possuir condições de admissibilidade. Precedentes. III Agravo regimental improvido.” Ante o exposto, não conheço do agravo. Publique-se. (STF - ARE: 808688 PE , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 13/06/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014)

também, para motivar a questão constitucional, delimitando os pontos em que compreende, fundamentado pelo fato da fungibilidade, haver alguma matéria pertinente.

Sem essa complementação, não há possibilidade da fungibilidade, diante da necessidade de qualquer recurso extraordinário de manifestar-se sobre a repercussão geral. O recurso nasce, aqui, como especial, pelo fato de ter sido interposto desse modo, transformando-o, por interpretação do ministro-relator, em extraordinário, exigindo do recorrente, para o aproveitamento, a adequação aos ditames de admissibilidade recursal específicos da espécie recursal ao STF.

A utilização do princípio da complementariedade não somente será vista como eficaz, mas, também, como obrigatória, pela alteração do viés recursal determinado pelo ministro-relator. O recorrente não imaginava intentar um recurso extraordinário, preparando-se com as regras do recurso especial, necessitando de prazo para a complementação recursal²¹.

Com a remessa realizada, nos moldes da fungibilidade, com base no parágrafo único do art. 1.032, na chegada do recurso no STF, o relator pode discordar sobre a matéria recursal conter cunho constitucional, podendo, nessa hipótese, determinar a devolução dos autos ao STJ para análise do recurso especial. Essa competência e discricionariedade dada ao STF para decidir se aceitará ou não a fungibilidade, devolvendo os autos em caso de negativa, não ocorre quando a situação for inversa, qual seja, quando o STJ, ao receber um recurso extraordinário, em que houve a mutação em especial pelo STF, não pode rever essa conclusão, necessariamente, acatando-o como especial, concedendo o prosseguimento da instrução recursal, da mesma maneira que os demais recursos especiais.

3.1.2. A complementação inversa: recurso extraordinário aceito como especial

A complementação faz parte do art. 1.032, no entanto, não há, no caminho inverso, a necessidade da complementação do recurso extraordinário aceito como especial, com a decisão somente para realizar a remessa do STF para o STJ. Mas, será que isso é correto?

Imaginemos que um recurso extraordinário, que impugna a contrariedade direta à Constituição Federal será aceito como especial

21 - “A fim de evitar tal situação, o CPC/2015 estabeleceu que, se o relator do REsp entender que o objeto do recurso tem cunho constitucional, deverá intimar o recorrente para que demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, convertendo-se, na verdade, o REsp em RE. Em seguida remeterá o novo recurso extraordinário ao STF, que poderá devolvê-lo ao STJ se entender que a matéria é de natureza infraconstitucional.” MIRANDA, Pedro de Oliveira. Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015. 1a. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015. p. 269.

pelo relator no STF. Não há, nesse recurso, nenhuma menção à lei federal, nenhuma formalidade que o coloque como plausível de impugnação à lei federal.

Dessa forma, sem uma adequação, um prazo para a complementariedade recursal, não há nenhuma chance para tal recurso, ainda que o relator tenha concedido ali uma relativização com o anúncio de uma fungibilidade.

Com isso, pertinente se faz a interpretação de que o prazo de 15 dias para a adequação do recurso, após a fungibilidade, deve ser em qualquer das vias, seja a do recurso especial para a aceitação como extraordinário, como já preconizado na norma e, por analogia a essa, quando extraordinário for fungível para especial, utilizando como uma regra para este instituto.

3.1.3. A necessidade de permissão de prazo para as contrarrazões recursais após a fungibilidade

Com o relator decidindo pela fungibilidade recursal dos recursos excepcionais, como vimos, há plausibilidade que conceda, em qualquer dos casos e hipóteses, o prazo para a complementação recursal, seja para adequar ao requisito da repercussão geral, seja para adequar as questões – federais ou constitucionais – tornando o recurso aceito pela fungibilidade, com chances mais reais de provimento.

O prazo deve ser para ambos os recursos, ainda que, somente na hipótese do recurso especial em extraordinário, seja prevista legalmente. De qualquer modo, necessita-se também, de que haja a abertura de prazo para novas contrarrazões²², de igual tamanho temporal.

Elas seriam as contrarrazões parciais para impugnar a parte que foi acrescida pelo recorrente para adequar a fungibilidade decidida para aquele recurso.

Se o recorrente tem um prazo para aditar seu recurso, ainda que de forma mínima, o recorrido, deve, em igual prazo, manifestar-se sobre essas alterações, com a possibilidade de impugnar, tanto a admissibilidade como na repercussão geral, pleiteando sua inexistência ou falar dos pontos de adequação da questão federal ou constitucional que, eventualmente, foram alteradas/adequadas.

Não há como possibilitar o recorrente de uma manifestação, tolhendo o direito do recorrido de, igual maneira, se manifestar. Pelo

22 - Enunciado n.º 565 do FPPC: Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do caput do art. 1.032, complementar suas contrarrazões.

princípio da ampliação do contraditório, deve possibilitar que o recorrido possa impugnar, não somente a fungibilidade em si, bem como qualquer outro argumento realizado nesta complementação recursal.

E a pergunta fica: o recorrido pode, neste momento, realizar a *recorribilidade adesiva*? Imaginemos que a recorrida não se manifestou por recorrer adesivamente, quando da interposição do recurso especial, justamente, por não visualizar motivos para impugnar a decisão com uma questão federal, mas, agora, com a alteração para uma questão constitucional, se o recorrido entender que há plausibilidade, pode, nesse momento impróprio, recorrer adesivamente? Não vejo óbice para tanto, uma vez que, realmente, deve ter as contrarrazões para tanto, com a possibilidade da interposição do recurso adesivo.

3.1.4. O problema da cumulação de pedidos na ação e no recurso excepcional: a fungibilidade diante dessa hipótese²³

Existe um problema procedimental nas disposições dos arts. 1.032 e 1.033, com a visão de que o recurso excepcional – qualquer deles – seria somente com um pedido ou com uma matéria, fato totalmente desprendido da realidade cotidiana. O normal de uma demanda e, conseqüentemente, de um recurso²⁴, é ter uma pluralidade de pedidos ou, ainda, de matérias, como preliminares, prejudiciais e o próprio mérito da demanda, mesmo que seja somente um pedido.

Com isso, há de se imaginar, quando falarmos de cumulação de pedidos, sobre pontos ou capítulos diferentes do acórdão, via recurso excepcional, importa-se, em algum momento, em recursos diferentes para pontos diferentes, com a necessidade de verificar se a fungibilidade, quando um recurso contiver vários pedidos, possa ser aplicável e, principalmente, o meio de sistematização.

Primeiramente, não há óbice para tal fungibilidade, uma vez que os artigos pertinentes em nada obstaculizam tal procedimento. A grande complicação está na existência, interna ao recurso, de vários recursos ao mesmo tempo. A princípio, se todos os pedidos forem com pertinência para a fungibilidade, não há nenhuma diferença sobre a aplicação de tal aproveitamento, com a fungibilidade e, ainda, com a aplicabilidade em

23 - Mais sobre o assunto: LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. Revista de Processo, v. 258, p. 235-254, 2016.

24 - “Tudo isso, que é aplicável à cumulação de pedidos na petição inicial, também se aplica no recurso. O recurso pode veicular mais de um pedido. Pode haver cumulação própria de pedidos: o recorrente pode postular a reforma de mais de um capítulo diferente da decisão.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie, Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 136/137.

qualquer das esferas, para transformar um recurso especial com dois ou mais pedidos em um extraordinário com igual quantidade de pedidos ou vice-versa.

O problema ocorre quando, em um recurso excepcional, tiver um pedido fungível e o outro não. Nessa hipótese, a sistematização é um pouco diversa.

A *primeira hipótese* seria um recurso especial com um pedido fungível e outro pertinente ao STJ mesmo. Nesse caso, seria necessária a análise de prejudicialidade, com a necessidade de visualização se o pedido fungível afeta ao pedido de questão federal, se afetar, já se procede com a fungibilidade, para que o STF julgue o pedido fungível e, aquele que não era fungível aguarda. Por outro lado, sem a prejudicialidade, o pedido fungível aguarda no STJ, para, após o julgamento da questão federal, remeter-se ao STF, como ocorre quando há a concomitância.

A *outra hipótese* ocorre quando um recurso extraordinário contiver dois ou mais pedidos e, ao menos um deles, for passível de fungibilidade. Nessa situação, os pedidos que permanecem com questões constitucionais terão prioridade, com a necessária espera daquele que contém a questão federal. Depois da análise e julgamento das questões constitucionais, remeter-se-á o recurso, com a fungibilidade sobre um dos pedidos para a análise do STJ.

No entanto, em qualquer das hipóteses, é necessária a delimitação, tão logo se inicie a análise, de que certo pedido e, conseqüentemente, parte do recurso, é passível de fungibilidade, demonstrando, desde o início da análise recursal, a visão sobre tal fungibilidade, mesmo que a remessa ocorra somente a posterior.

3.1.5. O impacto da Lei nº 13.256/2016 na fungibilidade dos recursos excepcionais

Houve a mudança realizada, pela lei nº 13.256/2016, no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, retornando-os para o formato bifásico, com a análise preliminar realizada pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, para, somente após, remeter-se ao Tribunal Superior, talvez até via agravo do art. 1.042 para tanto. E, para o instituto da fungibilidade, há alguma diferença? Com isso, creio que o instituto da fungibilidade entre os recursos excepcionais perde quase toda a sua força e aplicabilidade.

O instituto nascia pela possibilidade do relator, ao analisar o recurso excepcional – tanto faz se o especial ou o extraordinário – não tinha nenhuma análise anterior de admissibilidade, tampouco decisão sobre o seu aceite ou

não. O relator, ao receber o recurso excepcional, seria o primeiro (talvez, o único) a analisá-lo, sem posicionamentos anteriores. Agora, com a volta da admissibilidade bifásica, com o presidente ou vice-presidente do Tribunal anterior manifestando-se, temos alguns problemas para a efetividade do instituto.

O *primeiro problema* é a possibilidade na análise preliminar, realizada pelo presidente ou vice-presidente, inadmitir um recurso excepcional, justamente pela possibilidade que, posteriormente, o relator poderá recebê-lo pela fungibilidade, remetendo ao outro Tribunal. Nessa situação, quase que de forma esdrúxula, com o presidente ou vice-presidente inadmitindo por adequação equivocada, o recorrente interpondo o agravo – aquele do art. 1.042 – para forçar a ida ao Tribunal Superior, com o relator invocando a mesma argumentação feita na inadmissibilidade para tornar o recurso fungível. Estranho, mas completamente possível.

Outro ponto negativo, o *segundo problema*, será o fato de que essa inadmissibilidade anterior, de certa maneira, macula o pensamento e posicionamento do relator no Tribunal Superior, com a possibilidade muito maior de somente se manter essa inadmissibilidade, sem a visualização maior de uma possível fungibilidade.

E, o *terceiro problema*, dentre tantos pontos negativos, é a forma que, talvez, quase sempre que a admissibilidade via fungibilidade for possível, somente será realizada com a necessária interposição de um agravo para tanto. Ou seja, ao voltar a admissibilidade em formato bifásico, há um impacto de dimensão sobremaneira no instituto da fungibilidade recursal excepcional, justamente por criar empecilhos e dificuldades para tanto.

3.2. Concomitância entre os recursos excepcionais

Quando o Tribunal de segundo grau, em acórdão, com diversos pedidos ou matérias, perfazendo uma pluralidade cognitiva decisória, se, nesse momento, versar, em pontos diferentes e autônomos, tanto sobre matéria de lei federal e constitucional, posicionando ambas as questões possíveis da interposição do recurso especial e recurso extraordinário, o recorrente deve realizá-los de forma simultânea, impugnando uma parte do acórdão com um recurso endereçado para o STJ, e outra parte do acórdão com outro recurso, endereçado para o STF. Ambos devem ser interpostos no mesmo momento, no mesmo dia, para não ocasionar a preclusão consumativa a qualquer dos recursos. O recolhimento do preparo deve ser realizado para ambos os recursos, cada qual anexo a seu ato correspondente.

Mesmo com a possibilidade de interposição de ambos os recursos, ao mesmo tempo, em concomitância, sobre aquele acórdão, não seria uma exceção ao princípio da singularidade, pelo motivo da impugnação de cada recurso ter limitação constitucional, debatendo e impugnando a decisão somente de forma parcial, dentro do enquadramento de cada recurso, somente em trechos específicos do acórdão. Cada recurso ataca um ponto diferente, possibilitando a concomitância de interposição entre os recursos, sem ofender o princípio da singularidade.

Desse modo, é correto falar que esse acórdão terá capítulos diversos e, assim, internamente, contém pontos decisórios independentes, o que resulta em um conjunto de decisões materiais que estão, formalmente, no mesmo ato decisório. Os recursos excepcionais – especial e extraordinário – a serem interpostos não impugnarão, materialmente, a mesma decisão, cada qual se desprenderá em debater sobre um capítulo diverso do acórdão, tornando possível a concomitância.

O art. 1.031 dispõe sobre essa possibilidade, adjetivando-a como interposição conjunta, estipulando que os autos, mesmo com recursos diferentes, são remetidos para o STJ, para o julgamento, primeiro do recurso especial, restando como sobrestado o recurso extraordinário, priorizando a questão federal, para, somente após, julgado esse primeiro recurso, remeter-se ao STF para apreciação da questão constitucional.

Ao chegar no STJ, com a devida distribuição, o ministro-relator deve realizar a *análise de prejudicialidade* da concomitância dos recursos.

Nesse momento processual, a análise será se um recurso afeta a matéria do outro, se realmente há uma independência entre ambos e suas matérias. Se houver uma confusão entre as matérias dos recursos, deve-se entender o recurso especial como prejudicado, por envolver questão constitucional, decidindo pela remessa dos autos ao STF para apreciação do recurso extraordinário, uma vez que, ao analisarem este, estariam, desde logo, enfrentando a questão material do processo como um todo, impactando, também, na questão federal.

Dessa maneira, pelo fato de conter confusão entre as duas questões, a prioridade será para a constitucional, mais importante e que, se houver dependência, engloba a questão federal, nos ditames do § 2º do art. 1.031.

Essa decisão pela remessa dos autos para o STF ocorre em decisão irrecorrível.

No caso dessa remessa, ao chegar ao STF, após distribuído o recurso extraordinário, o ministro-relator analisa se a prejudicialidade imputada pelo relator do STJ procede ou não. Na hipótese da prejudicialidade, o recurso extraordinário tem o seu processamento comum e eventual

julgamento. Em sentido diverso, caso o ministro-relator entenda que não há a prejudicialidade, decide, de forma irrecorrível, pela devolução dos autos para o STJ, para julgamento do recurso especial, entendendo as questões recursais serem independentes.

Essa decisão pela devolução dos autos, para o julgamento do recurso especial, não é um indeferimento ou não conhecimento do recurso extraordinário, mas a análise de não prejudicialidade, possibilitando, após o julgamento do recurso especial, os autos retornarem ao STF para o devido processo do recurso extraordinário.

De modo diverso, com o ministro-relator, do recurso especial no STJ, decidindo pela não existência de prejudicialidade, prossegue naturalmente com o processamento comum dessa modalidade recursal, analisando-o como um recurso especial normal.

Depois de todo o trâmite recursal, se, após o julgamento do recurso especial, a questão constitucional ainda persistir na matéria daquele processo, finda-se a competência do STJ para o julgamento, realizando a remessa para o STF, uma vez que o recurso especial foi decidido, agora para que seja realizada a análise do recurso extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de segundo grau, aquele que esteja à espera.

Esse ponto é importante explicar minuciosamente, a remessa realizada pelo STJ para o STF versa sobre o julgamento do recurso extraordinário que impugna o acórdão do Tribunal de segundo grau, não o acórdão do STJ. Importante realizar esse esclarecimento, o julgamento, mesmo realizado somente agora pelo STF, ainda versa sobre a matéria da impugnação ao acórdão do Tribunal de segundo grau.

Mas, se alguma das partes entender que o acórdão do STJ, do julgamento do recurso especial, viola uma das hipóteses do art. 102, III, da Constituição Federal, há a possibilidade de interposição de novo recurso extraordinário? Não vejo nenhum óbice, sendo possível a interposição desse recurso para a impugnação do acórdão do STJ e, ainda, por qualquer das partes, seja o autor ou réu, dependendo da sucumbência proveniente do referido acórdão.

Dessa forma, o STJ remete para o STF o recurso extraordinário sobre matéria do acórdão do Tribunal de segundo grau e remete, se houver, recurso extraordinário sobre matéria do acórdão do próprio STJ. Um exemplo:

Para uma devida exemplificação, a parte A recorreu, utilizando, concomitantemente, as espécies recursais especiais e extraordinárias, da decisão de um Tribunal de segundo grau. Remetido ao STJ, após o julgamento do recurso especial, dependendo da sucumbência, ambas as partes podem recorrer para o STF, possibilitando, consequentemente, a

remessa de recurso extraordinário sobre a decisão do STJ, tanto da parte A quanto da parte B e, estes, em nada afetando a remessa do recurso extraordinário já existente e sobrestado, aquele que impugna o acórdão do Tribunal de segundo grau. Podem ser remetidos, nesse caso, até três recursos extraordinários para o STF, o primeiro recurso impugnando a decisão do Tribunal de segundo grau e, eventualmente, recursos de ambas as partes sobre a decisão do STJ, se houver sucumbência para tanto.

A existência de uma concomitância entre os recursos excepcionais perfaz a necessidade de que um recurso seja julgado primeiro – geralmente o recurso especial – e, somente após, a remessa para julgar aquele que esperou – o recurso extraordinário. Mediante o julgamento do recurso especial pelo STJ, não é impossível imaginar que esse acórdão pode conter uma questão constitucional, sendo passível, dessa maneira, de recurso extraordinário. Dessa feita, não há problemas ou é até mais viável que se pense em um recurso extraordinário impugnativo da decisão do Tribunal de segundo grau e, outro, para a decisão do STJ.

Na hipótese de um recurso extraordinário remetido, quando chegar ao STF, o trâmite será como qualquer outro recurso da mesma estirpe, sem diferenciação, mesmo tendo ficado parado, à espera do julgamento do recurso especial. Não há nenhuma especialidade em relação a essa situação. Por outro lado, se qualquer das partes recorrer do acórdão do STJ, com a remessa de dois ou mais recursos extraordinários – um impugnativo do acórdão do Tribunal de segundo grau e outro do STJ, o primeiro deve ser julgado antes dos demais, pelo seu caráter antecedente aos demais, contudo o trâmite é inalterado, dentro do recurso extraordinário para a existência dessas questões de vários recursos, prosseguindo com o mesmo processamento, requisitos e consequências.

3.2.1. A flexibilização (relativização) da admissibilidade recursal

O CPC/2015, com a primazia ao julgamento de mérito, relativiza o vício na interposição do recurso, com base no parágrafo único do art. 932²⁵, permitindo ao recorrente sanar a irregularidade no prazo de cinco

25 - “O que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta e é altamente recomendável, toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando motivos de não conhecimento circunstância de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimimento.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. in *Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos*, Revista AJURIS, ano XXXII, nº 100, dezembro de 2005. p.187-188.

dias, a contar da intimação para tal feito. Uma verdadeira flexibilidade em diversos vícios possíveis nos recursos e, em qualquer recurso.

Desse modo, a existência de um vício na interposição do recurso não gera mais, automaticamente, uma inadmissibilidade sumária, com a necessidade de uma oportunização ao recorrente de uma chance para correção recursal. Uma busca pelo aproveitamento recursal, uma forma de possibilitar ao máximo o julgamento do mérito pelo qual o recurso existe, realizar realmente a revisão da decisão²⁶.

Obviamente que essa oportunidade é preclusiva, encerrando-se com a correção do vício ou com o transcurso do prazo, quando o recorrente permanecer inerte. Tanto o princípio da primazia ao julgamento de mérito, quanto a regra contida no art. 932, parágrafo único, têm valor para todos os recursos, permitindo a todos os Tribunais utilizarem em qualquer julgamento, de qualquer recurso, inclusive nos excepcionais.

No entanto, o art. 1.029, § 3º define regra específica para a flexibilização da admissibilidade no tocante aos recursos excepcionais e os Tribunais Superiores. A primeira dúvida pertinente é se tal dispositivo é uma reedição do art. 932, parágrafo único, para os Tribunais Superiores. E, ainda, se havia necessidade de um dispositivo com conteúdo parecido? Os dispositivos são próximos em alguns pontos e divergentes em outros. Expliquemos.

O art. 932, parágrafo único, insere uma regra geral de sanabilidade recursal, com a necessidade de que o relator – em qualquer recurso – determine a correção do vício. Ou seja, sobre a determinação da sanabilidade, esse dispositivo abrange todas as espécies recursais, inclusive os recursos excepcionais. No entanto, o art. 1.029, § 3º vai além, com a possibilidade de flexibilização para a sanabilidade, há, também, a possibilidade de descon sideração do vício, o que não é possível no âmbito dos recursos ordinários ou no dispositivo do art. 932, parágrafo único. Esse último dispositivo é, evidentemente, maior do que o primeiro.

Entretanto, temos duas formas visualizáveis, na dicção do art. 1.029, § 3º: *a flexibilização/relativização para a correção de vício e a relativização para a descon sideração de vício.*

Na *primeira hipótese*, de fato, não há o que se diferenciar quanto às relativizações provenientes entre os arts. 932, parágrafo único (regra geral de relativização) e o 1.029, § 3º (regra específica dos Tribunais Superiores). No entanto, sobre a *segunda hipótese*, a descon sideração de vício, é um ponto maior, algo além do que a mera correção. Simplesmente, o relator,

26 - Enunciado n.º 219 do FPPC: O relator ou o órgão colegiado poderá descon siderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

no Tribunal Superior, pode tergiversar aquele requisito de admissibilidade e adentrar no mérito, sem determinar a devida correção ou sanabilidade.

Evidentemente, uma diferença entre os institutos e flexibilizações. Uma diferença legal tamanha, com uma liberdade imensa para que o vício não seja somente relativizado, mas totalmente desconsiderado, com a oportunidade de julgamento meritório, ainda que haja a presença de um vício, o que torna a regra mais abrangente, com um maior poder para o relator, apesar de totalmente subjetivo.

O grande problema do art. 1.029, § 3º, está na inserção, ao final, da necessidade de que tal requisito a ser relativizado não seja grave. O que seria essa gravidade? Como determinar que um vício seja ou não grave, quanto a sua admissibilidade? A questão é altamente subjetiva e, de certo modo, coloca em risco a sua própria viabilidade, dada a alta visão dos Tribunais Superiores, na jurisprudência pacificada em diversos pontos de admissibilidade dos recursos excepcionais, de barrar o exame do mérito recursal.

Diante de tal discricionariedade, como sistematizar para uma melhor objetividade? A visão do termo grave deve ser visto como uma impossibilidade de sanabilidade ou desconsideração, em um olhar comparativo com a sistemática possível no âmbito recursal. De certo modo, fora a tempestividade, qualquer vício é sanável, dependendo, então, da interpretação dos limites para tal flexibilização. Há de se flexibilizar qualquer vício, fora a tempestividade? Para a manutenção de um sistema recursal com fluidez e paridade entre as partes, não há de imaginar que qualquer vício seja possível de flexibilização, justamente o ponto que deve ser relacionado sobre o termo grave.

Alguns vícios são impossíveis de admitir-se como sanáveis, principalmente no que se refere à falha de fundamentação, seja ela deficiente, sem dialeticidade e impugnabilidade insuficiente ou aquela alheia aos pontos da decisão recorrida. Seria possível admitir-se a complementariedade em qualquer recurso, com um prazo para sanabilidade, caso o relator tenha a visualização de que há deficiência argumentativa no recurso? O nosso posicionamento é de que não há tal possibilidade, justamente pelo fato de que a parte tem o controle impugnativo sobre o que pretende, sem admitir-se que controles externos, inclusive do relator, interfira nessa faculdade material de recorrer.

Mas, esses pontos são muito mais subjetivos do que formais, e o art. 1.029, § 3º, determina que o vício deve ser no âmbito da formalidade, o que torna mais complexa a construção da gravidade, uma vez que, se o vício é meramente formal, deve ser visualizável como sanável, sem a possibilidade

de impedimento de análise de mérito, antes do prazo para correção ou, ainda, a possibilidade direta de conhecimento da matéria recursal.

Esse ponto é pertinente pelo fato de que nem sempre os Tribunais Superiores seguem as mesmas regras gerais dos recursos ordinários, impondo dispositivos e interpretações próprias aos recursos excepcionais, como podemos exemplificar com a falta de procuração do subscritor do recurso, o que, durante todo o processo é vício sanável, e, durante o processamento recursal superior, era tido como vício insanável²⁷, na jurisprudência do CPC/73. Será que há espaço para discricionariedade dessa magnitude? Mesmo com o termo grave? O legislador reeditar a regra da sanabilidade no art. 1.029, § 3º, sobre a disposição do aproveitamento processual e primazia ao julgamento do mérito recursal, impõe que há total pertinência, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, a abertura de prazo para que o recorrente possa sanar eventual vício em recurso tempestivo.

Evidente que, em quaisquer dos recursos excepcionais, há requisitos de admissibilidade impossíveis de serem tergiversados, como os cabimentos descritos nas disposições constitucionais²⁸, o prequestionamento, a matéria somente de direito, esgotamento das vias recursais, dentre outros. Não pode ser um requisito que inviabiliza o recurso em si, mas algum vício sanável que pode não acarretar um não conhecimento, como a já mencionada juntada de procuração/substabelecimento, complementação ou pagamento das custas, indicação do pagamento correto da guia de preparo, adequação recursal no caso da fungibilidade dos recursos excepcionais etc²⁹.

Uma maneira de deixar claro aos Tribunais Superiores que a regra vale também para estas instâncias processuais³⁰.

E, não somente tal regra tem valor para os recursos excepcionais, mas, de forma ampliada, pode aumentar essa possibilidade de admitir

27 - PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 115/STJ. POSTERIOR REGULARIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. Na linha da jurisprudência do STJ, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irresignação apresentada por advogado sem procuração. Inteligência da Súmula 115/STJ. Ademais, não se permite a ulterior regularização da representação processual, porquanto já operada a preclusão consumativa. Precedentes. 2. Agravo regimental não conhecido. (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 03/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA)

28 - Comentário do autor: o art. 102, III CF para o recurso extraordinário e o art. 105, III CF para o recurso especial.

29 - Enunciado n.º 220 do FPPC: O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça inadmitirá o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal de cuja falta foi intimado para corrigir.

30 - Enunciado n.º 83 do FPPC: Fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC ("Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos").

recursos com algum requisito que possa ser desconsiderado, desde que, no mínimo, seja tempestivo.

Desse modo, a gravidade deve ser vista como a impossibilidade prática de análise recursal, com a total inviabilidade daquele ato. Com isso, não entendo como diferentes as disposições entre os dois normativos do CPC/2015 – art. 932, parágrafo único e o art. 1.029, § 3º – apesar de que este último é mais abrangente do que o primeiro.

Não há uma delimitação de qual vício pode ser corrigido ou, simplesmente, relativizado, variando em cada caso. E, sobre esse ponto, o art. 1.029, § 3º amplia as possibilidades de relativização para os Tribunais Superiores, uma vez que há essa discricionariedade maior, seja pela possibilidade de desconsideração ou, ainda, com uma evidente subjetividade do termo grave. Um exemplo de tal ponto, que já discorremos sobre a relativização do prequestionamento para reconhecer a repercussão geral, uma hipótese realizada uma vez pela, então, Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI 375011, Informativo 365, justamente por, mesmo sem prequestionamento, entender que o vício não teria, naquele caso específico, gravidade para o julgamento da questão.

3.2.2. A flexibilização (relativização) da admissibilidade em juízo bipartido: o problema de simetria³¹

Para os recursos excepcionais, o CPC/2015 criou uma regra específica sobre a flexibilização da admissibilidade, como já visto, com a possibilidade de relativização da admissibilidade recursal, com o intuito de determinar, de forma clara, que essa regra dos recursos ordinários também vale para os Tribunais Superiores.

No entanto, há um problema sobre a própria admissibilidade. O CPC/2015 tinha almejado um só rito de análise dos requisitos recursais, com competência para o juízo pertinente a realizar o julgamento meritório, momento em que realizaria, de modo anterior, a presença, ou não, da admissibilidade. Dessa feita, a aplicação do art. 1.029, § 3º, seria diretamente pelo STJ ou STF, seja pelo relator ou pelo colegiado, realizando, somente nesse momento, a primazia ao julgamento de mérito, dada a admissibilidade ser monofásica

31 - Mais sobre o assunto em: LEMOS, Vinicius Silva. A volta do juízo bipartido de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e a assimetria legal como consequência da lei 13.256/2016. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Brasília, DF. DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.. Florianópolis ? Santa Catarina: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 210-230.

Se o primeiro a analisar o recurso seria o relator, ele faria a verificação do preenchimento, ou não, dos requisitos recursais e, ainda, a possibilidade de sanabilidade ou desconconsideração. Essa era a visão basilar do instituto previsto no art. 1.029, § 3º.

No entanto, a lei 13.256/2016, alterou o art. 1.030 do CPC/2015, dias antes do final da *vacatio legis* para manter a admissibilidade para os recursos excepcionais com um sistema bifásico, com duas análises a serem realizadas: uma preliminar pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido; uma definitiva pelo relator ou colegiado do Tribunal Superior.

A preocupação está na permanência, para os recursos excepcionais, da admissibilidade no parâmetro bifásico, com a dúvida sobre a competência do presidente ou o vice-presidente para, ao analisarem, preliminarmente, o recurso, terem o poder de relativizar a admissibilidade? Essa dúvida é importante pelo fato de que o instituto, imaginado pelo legislador diante de um sistema, foi alterado para a sua vigência.

Dessa maneira, com o recurso excepcional interposto e encaminhado para o presidente, ou vice-presidente, e caso ele entenda que falta um dos requisitos de admissibilidade, tem de tomar algumas providências.

A *primeira* é a análise sobre a sanabilidade do vício presente no recurso; se for possível, o presidente ou vice-presidente tem, de forma idêntica ao relator, a prerrogativa de intimar para a devida correção, com o prazo de 5 dias para o recorrente proceder à sanabilidade do recurso. Se o relator, no Tribunal Superior, tem pelo art. 1.029, § 3º essa possibilidade de permitir a manifestação pela correção, o presidente ou o vice-presidente utilizará a regra geral, aquela contida no art. 932, parágrafo único.

Por outro lado, em uma *segunda hipótese*, se o caso não for de correção, mas de desconconsideração, com a possibilidade de julgamento do mérito, sem nem corrigir o vício, o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido não tem a prerrogativa de desconconsiderar o vício existente, como disposto no art. 1029, § 3º. Essa possibilidade de desconconsideração somente pode ocorrer no Tribunal Superior, pelo relator ou pelo colegiado, o que, de forma nenhuma, pode ser realizado neste juízo preliminar de admissibilidade. Então, nesse momento e hipótese, pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, somente correção, nunca se poderá optar pela desconconsideração.

Em caso de inadmissão, por qualquer requisito de admissibilidade, caberá o agravo nos próprios autos, de acordo com o art. 1.042, no prazo de 15 dias, com o intuito de forçar a ida do recurso inadmitido para o Tribunal Superior. Ou seja, mesmo que seja hipótese passível de desconconsideração, o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido não pode desconconsiderar,

por fugir totalmente de sua competência, com a necessária inadmissão, o que cria, de certa maneira, uma assimetria do instituto imaginado pelo teor original do CPC/2015 e aquele vigente após a lei nº 13.256/2016.

Se o intuito era permitir ao relator, mediante a primeira análise recursal, sem nenhuma opinião ou decisão anterior sobre admissibilidade, ter a sua própria visão sobre tal ponto, agora, diante da nova sistemática, o presidente ou vice-presidente deve realizar tal análise e, somente após, em caso de admissão ou de interposição de agravo do art. 1.042 que o recurso chegará ao relator, o que já deixa clara a inviabilidade, ao menos no mesmo âmbito e alcance, do disposto no art. 1.029, § 3º.

Por causa da mudança realizada na admissibilidade, muitas vezes, o Tribunal local, por meio de seu presidente ou vice-presidente, acabará por negar a admissibilidade a um recurso excepcional, sendo que, posteriormente, o Tribunal Superior poderá reconsiderar aquele mesmo vício apontado pelo Tribunal recorrido. É uma situação curiosa, o presidente ou vice-presidente nega a admissibilidade por motivo que pode ser reconsiderado, mas são obstáculos de realizar tal reconsideração por falta de competência para tanto.

Uma total falta de simetria legal.

Como a lei veio a posterior, entrando em um sistema imaginado sem a admissibilidade bifásica, a conjuntura recursal excepcional e a adaptação ao art. 1.029, § 3º, com o princípio da primazia de mérito, tal instituto restou diante de uma assimetria, com a possibilidade de total esvaziamento de sua própria aplicabilidade, seja pela possibilidade de o presidente ou vice-presidente já determinar a correção do vício ou pela inadmissibilidade existente desse existir no processo e, de certo modo, ser mais fácil manter tal decisão do que reformá-la.

Uma demonstração de que uma lei para preencher algumas lacunas legislativas pode conter malefícios em institutos bem pensados e com grande serventia.

3.2.3. A necessidade de contraditório prévio para a inadmissibilidade?

Um dos pontos importantes do CPC/2015 passa, como já vimos, pela impossibilidade de decisões surpresas. O art. 10 estipula, de forma sábia, a necessidade do contraditório antes da decisão sobre matéria que as partes ainda não tiveram oportunidades para se manifestarem. Se há matéria pela qual o juízo deva decidir, ainda que seja de ofício, e as partes não tiveram ciência da matéria ou oportunidade para se manifestarem, necessária a abertura de prazo para cada parte poder realizar a sua manifestação.

A provocação das partes pelo juízo para manifestação é salutar, além de obrigatória, não somente para o processo, mas também para a melhora do conteúdo da decisão. Quanto maior a possibilidade de as partes se manifestarem, expondo as suas razões e argumentos, maior o entendimento pelo juízo, das peculiaridades da causa, com a pormenorização dos fundamentos, a precaução para evitar nulidades e melhora na prestação judicial.

A dúvida passa pela análise do relator, ou do colegiado, sobre a admissibilidade, com a tendência pela inadmissibilidade, há a necessidade de cumprimento do art. 10, com a abertura de prazo para a oitiva do recorrente sobre tal falta de requisito? Esse é um ponto duvidoso. A admissibilidade recursal é momento conhecido das partes, principalmente pelo recorrente, uma vez que, ao intentar tal recurso, deve cumprir todos os requisitos.

Diante da análise do relator, se houver um requisito sem o devido cumprimento, há o dever de prevenção, como já vimos, para que o recorrente possa sanar o vício. Mas, se o relator entender que o vício é insanável, deve intimar o recorrente para manifestar-se sobre tal ponto? Tal insanabilidade? Creio que não há tal necessidade, uma vez que, apesar de o recorrente não debater tal matéria, a questão não é surpresa, uma vez que aquela fase, mediante a possibilidade de faltarem requisitos, é conhecida das partes, como o resultado de todos os requisitos de admissibilidade e, ainda, o recorrente e o recorrido tiveram o seu prazo para versar sobre tais requisitos, seja o recorrente para convencer de seu cumprimento ou o recorrente nas contrarrazões, em modo inverso, para desconstruir a admissibilidade.

Dessa feita, não imagino que a inadmissibilidade necessite - quando for insanável o vício, com a análise pela impossibilidade de flexibilização -, de uma intimação do recorrente para manifestar-se sobre a matéria, uma vez que teve a oportunidade recursal para convencer o relator ou o colegiado sobre o cumprimento integral dos requisitos de admissibilidade.

3.3. Interposição dos recursos excepcionais em agravo de instrumento e a extinção da forma retida

No CPC/73, era possível interpor recurso especial ou extraordinário de acórdãos que julgavam os agravos de instrumento sobre decisões interlocutórias, e, no caso destas, por serem proferidas antes da sentença, na fase de conhecimento, era observado um sistema de retenção recursal. Ou seja, os recursos ficavam retidos nos autos, à espera da decisão final do processo de conhecimento em primeiro grau, para serem reiterados no prazo da interposição do recurso contra o acórdão de segundo grau.

Desse modo, enquanto o processo não tivesse um regular andamento na fase de conhecimento, culminando em uma sentença, em um recurso de apelação e, posteriormente, em um acórdão do Tribunal de segundo grau e, um eventual recurso para o Tribunal Superior, o recurso impugnativo ao acórdão do agravo de instrumento continuava parado e sobrestado, impugnando matéria de competência de Tribunal Superior, mas retido à espera do desenrolar da demanda principal, conforme determinava o art. 542, § 3º do CPC/73³². Somente no prazo para a impugnação da decisão final que havia a possibilidade de reiteração do recurso retido, ou na ausência de interesse recursal, no momento das contrarrazões.

O legislador almejava, naquela legislação, não remeter aos Tribunais Superiores, um recurso anterior à sentença de primeiro grau, pelo motivo de quando esta viesse a existir, podia o incidente que ensejou o recurso retido, nem influenciar no conteúdo da decisão final, o que perderia a parte o interesse recursal³³. A doutrina e a jurisprudência seguiam outro caminho, identificando que, a questão federal ou constitucional, por ter competência do Tribunal Superior, com possível urgência, era cabível mandado de segurança ou medida cautelar³⁴ para destrancar esse recurso e remeter para o respectivo Tribunal Superior, perdendo a característica da forma retida³⁵. Se há matéria de questão

32 - **Código de Processo Civil – 1973** - Art. 542, (...) § 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

33 - “Inspirou o § 3º do artigo 542 do CPC o empenho, de manifestação omnimoda, de se aliviar a formidável carga de trabalho dos tribunais superiores”. BERMUDEZ, Sérgio. *O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999. p. 271.

34 - “Quando a decisão recorrida se mostra absurda e a procedência do especial ou extraordinário se torna evidente, a solução para evitar a ruína da execução provisória do acórdão, tem sido a postulação de medida cautelar junto ao STJ ou STF, com que se obtém efeito suspensivo ao apelo extremo. Como, na nova sistemática o recurso retido não será desde logo processado, surgirão sérios obstáculos para se alcançar junto ao STJ ou ao STF o reconhecimento de sua competência para a tutela cautelar”. THEODORO JR. Humberto. *As alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei 9756/98*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999. p.69.

35-PROCESSUALCIVIL.ADMINISTRATIVO.AÇÃOPOPULAR.PEDIDODEDESMEMBRAMENTO OU EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO DE AÇÃO POPULAR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. EXCEPCIONALIDADE DO DESTRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM TELA. EXISTÊNCIA DE DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PARA O PROCESSAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. 1. Cuida-se de medida cautelar inominada ajuizada com o objetivo de destrancar recurso especial interposto contra acórdão que manteve decisão liminar na qual o requerente foi arrolado no polo passivo de ação popular. A referida ação foi ajuizada contra atos administrativos do Poder Legislativo local que efetuaram mudanças na estrutura da Assembleia Legislativa. 2. A parte requerente alega que a liminar seria nula - em síntese porquanto considera necessário o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade -, bem como porque argumenta não ter sido beneficiado por reenquadramentos, além de ter saúde frágil e idade avançada. 3. A retenção - com fulcro no art. 542, § 3º do CPC - é o corriqueiro destino imposto aos recursos especiais interpostos contra os acórdãos que apreciam agravos de instrumento aviados em face de decisões interlocutórias. O deferimento de excepcional destrancamento exigiria a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, os quais - quando inexistentes - determinam a improcedência do incidente cautelar. 4. No caso, tem-se que a decisão da origem está fortemente baseada

pertinente à apreciação de Tribunal Superior, ela deve ser encaminhada para o referido tribunal, independente da fase processual da decisão³⁶.

Com esse posicionamento, o CPC/2015 primou pela extinção da forma retida em seu conteúdo, não estipulando nenhuma regra específica para a impugnação de acórdãos que julga agravo de instrumento. Havendo questão federal ou constitucional nesses acórdãos, cabe à parte impugnar, via recursos excepcionais pertinentes ao caso, com o processamento idêntico ao que impugna um acórdão de apelação, não contendo nenhuma diferença entre os ritos.

Era um ponto de necessária mudança, uma vez que a decisão interlocutória tem uma outra amplitude, com a possibilidade real e positivada de decisões parciais, com conteúdo de sentença, com base no arts. 485 ou 487, colocando o agravo de instrumento como um recurso que impugna, imediatamente, essa parte decisória. Com isso, a sistemática de recorribilidade excepcional, no tocante aos acórdãos que definem o agravo de instrumento, mudou, com a visão de que não há necessidade, tampouco viabilidade de nenhum represamento recursal desses recursos.

3.4. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais

O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, no CPC/73, era de maneira bifásica, com a divisão entre o momento preliminar, realizado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido e a definitiva, realizada pelo relator/colegiado do Tribunal Superior.

No entanto, quando da sanção do CPC/2015, imaginou-se uma admissibilidade recursal para os recursos excepcionais ocorrendo

nos fatos dos autos - legitimidade passiva ad causam - do requerente para figurar na lide. Não é possível rever os critérios de concessão da liminar sem que haja incursão em meio ao contexto fático do processo original. Precedentes: MC 22.608/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.8.2014; e AgRg na MC 21.231/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.9.2013. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg na MC: 23384 SC 2014/0259633-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2014)

36 - “A interpretação, como se sabe, deve conduzir ao entendimento que assegure a maior utilidade prática do dispositivo – princípio da máxima efetividade – princípio da máxima efetividade -, e não que esvazie ou comprometa seu significado. No ponto, propõe Tereza Arruda Alvim Wambier ‘que se deve admitir, nestes casos, a apresentação de um requerimento ‘avulso’, no sentido de ‘desvinculado de qualquer recurso’, já que a lei alude à necessidade de reiteração no prazo do recurso, e não necessariamente com o recurso’. Assim também entende José Miguel Garcia Medina, que traça, ainda, interessante cotejo: ‘Nota-se, aqui, uma diferença substancial entre os regimes dos recursos extraordinário/especial retidos e do agravo retido. É que, no caso deste último, a parte deverá requerer expressamente o julgamento do agravo ‘nas razões ou na resposta da apelação’ (cf. art. 523, §1º, do CPC). Assim, o agravo retido somente será conhecido se houver apelação e, ainda, se nas razões de apelação ou nas contrarrazões de apelação o agravante requerer, expressamente, o julgamento do agravo. No caso do art. 542, §3º, do CPC, não há necessidade de interpor outro recurso para provocar o julgamento do recurso extraordinário ou especial retido.’” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 376/377.

somente no Tribunal competente para o julgamento do recurso, no caso de recurso especial no STJ e de recurso extraordinário no STF. Uma forma meramente monofásica.

Todavia, essa alteração não prosperou, apesar da sanção do código positivar nesse sentido, uma vez que a lei que alterou o novo ordenamento – nº. 13.256/2016, reimplantou a admissibilidade na forma bifásica, com a divisão entre o Tribunal *a quo*, na figura do seu presidente ou vice-presidente e o Tribunal *ad quem*, seja pelo relator ou pelo colegiado.

Dessa maneira, o protocolo da petição recursal acontece perante o presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido, com a função de ele proceder à intimação para as contrarrazões e, após esse prazo, com o oferecimento, ou não, da resposta, ocorre a realização do juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente desse Tribunal, analisando todos os requisitos – gerais ou específicos – de admissibilidade. O único requisito de admissibilidade impossível de ser realizado, nesse momento, se for recurso extraordinário, é da repercussão geral, com a competência legalmente exclusiva do STF. Nos demais, há a possibilidade da análise, com eventual decisão positiva ou negativa de admissibilidade.

O recurso interposto, se estiver com todos os requisitos de admissibilidade presentes, será remetido ao Tribunal Superior, seguindo o disposto no art. 1.030.

No entanto, se o presidente ou vice-presidente entender que falta um dos requisitos, há a necessidade de se tomarem algumas providências. A *primeira* é a análise sobre a sanabilidade do vício presente no recurso; se for possível, o presidente ou vice-presidente tem, de forma idêntica ao relator, a prerrogativa de intimar para a devida correção, com o prazo de 5 dias para o recorrente proceder à sanabilidade do recurso. Porém, o prazo é preclusivo, com a possibilidade dada ao recorrente para realizar aquela correção recursal; se o prazo passar, sem a devida sanabilidade, nesse caso, o recurso deve ser inadmitido.

Como já vimos, não tem a prerrogativa o presidente ou vice-presidente do Tribunal em desconsiderar o vício existente, como disposto no art. 1.029, § 3º. A possibilidade de desconsideração de vício somente pode acontecer no Tribunal Superior, pelo relator ou pelo colegiado, o que, de forma nenhuma, pode ser realizado neste juízo preliminar de admissibilidade. Nesse momento, nessa hipótese, somente correção, nunca desconsideração.

Em caso de inadmissão, por qualquer requisito de admissibilidade, caberá o agravo nos próprios autos, de acordo com o art. 1.042, no prazo de 15 dias, com o intuito de forçar a ida do recurso inadmitido para o Tribunal Superior, contudo é pertinente salientar que, em algumas hipóteses, como

o recurso em confronto com repetitivo ou repercussão geral, apesar de inadmissível, não caberá a interposição desse agravo, justamente pela previsão no mesmo dispositivo.

Em qualquer das formas que o recurso chegar ao Tribunal Superior – via admissão direta ou agravo do art. 1.042 – a admissibilidade é novamente analisada, agora, de forma definitiva, pelo Tribunal *ad quem*³⁷.

Essa admissibilidade, no âmbito do Tribunal Superior, pode ser realizada pelo relator, quando houver alguma hipótese da prolação de uma decisão monocrática, nos moldes do art. 932. Se o relator for decidir sem o colegiado, deve, portanto, realizar, também, a admissibilidade, podendo ser de modo positivo, adentrando-se no mérito recursal ou, ainda, para negar tal admissibilidade, quando entender não estar presente algum dos requisitos para tal interposição. Se houver sanabilidade desses, antes da inadmissibilidade, oportuniza-se o prazo para tal correção e, após tal ato, sem manifestação ou com inadequação, o relator pode inadmitir tal recurso. Sem sanabilidade, pode o relator, diretamente, já inadmitir o recurso. Se o vício não for grave, pode até desconsiderá-lo, com o intuito de julgar o mérito recursal.

Em qualquer das hipóteses de decisão monocrática no recurso excepcional, o agravo interno será possível para a interposição e remessa ao colegiado.

Se o recurso for para o colegiado, seja diretamente ou via agravo interno, o colegiado deve realizar a análise definitiva sobre a sua admissibilidade, seguindo os mesmos trâmites da decisão monocrática, ou seja, a inadmissibilidade deve ser precedida, se o vício for sanável, da oportunização da correção ou, ainda, pela desconsideração daquele requisito faltante, desde que não seja grave. Se a admissibilidade for positiva, com o conhecimento do recurso excepcional, o mérito será analisado.

O CPC/2015 havia alterado essa sistemática de análise de admissibilidade, de um viés bipartido entre o Tribunal e o Tribunal *ad quem*, para um novo juízo de admissibilidade, realizado de modo único, com a competência somente do Tribunal competente para o julgamento do mérito recursal. O intuito era a opção pela celeridade processual, poupando do juízo *a quo* a realização de uma análise sobre o processo, somente

37 - “Inadmitido o recurso especial ou extraordinário, cabe agravo para o STJ ou para o STF, respectivamente. O agravo em recurso especial ou extraordinário é cabível contra a decisão que, em juízo provisório de admissibilidade, inadmite o recurso especial ou extraordinário. (...) O agravo em recurso especial ou extraordinário não é processo por instrumento. Diferentemente do agravo de instrumento, o agravo em recurso especial ou extraordinário deve ser processado nos próprios autos do processo em que foi proferida a decisão agravada.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 379/380.

contendo uma função automática e processual, sem cunho decisório. Recurso excepcional interposto, intimação para as contrarrazões e remessa ao Tribunal Superior, essas seriam as funções almejadas pelo CPC/2015 em sua redação original³⁸.

Acreditava-se que haveria uma enorme economia temporal processual, uma vez que não seria mais necessária a existência da análise preliminar perante o Tribunal recorrido e, tampouco, de um recurso específico para o caso de inadmissão, o antigo agravo nos próprios autos, ou agravo do art. 544 do CPC/73. Se a análise, na redação original do CPC/2015, havia saído do ordenamento, com a remessa direta, sem admissibilidade, sem existir a decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido pela negativa de admissibilidade, sem função de decidir, de igual maneira, não haveria recurso para essa fase.

Essa mudança era geral nos recursos, não somente nos recursos excepcionais, mas uma alteração na regra dos recursos, deixando a forma bifásica para uma regra monofásica, como já vimos na apelação e no recurso ordinário.

A alteração, no entanto, gerou inúmeras críticas dos Tribunais Superiores, com o receio de remessa em grande quantidade de recursos excepcionais, de imediato, sem um filtro de admissibilidade, inviabilizando, tanto fisicamente quanto processualmente, tais Tribunais, atrasando a prestação jurisdicional. O argumento apresentado pelo ministro Luiz Fux, que participou da comissão de estudos da nova codificação, foi de que a grande maioria dos processos que chegava aos Tribunais Superiores era por via de agravo nos próprios autos, o que forçava a ida do processo para tais instâncias excepcionais³⁹.

Entretanto, com a sanção presidencial do texto original do CPC/2015, os Tribunais Superiores não acataram essa ideia e trabalharam contra essa admissibilidade monofásica, com o intuito de derrubá-la,

38 - Num exercício de revisão, ao tempo da redação original, o *modus operandi* imaginado era dessa maneira: “Recebida a petição de recurso, haverá intimação ao recorrido, para contrarrazoar, no prazo de 15 (quinze) dias. Depois disso, diz o parágrafo único, os autos serão remetidos ao Tribunal Superior, onde será feito o primeiro juízo de admissibilidade. Trata-se de alteração relevante que teve como objetivo evitar um recurso: o que cabe, à luz do CPC/73, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário e ao recurso especial. Esta supressão torna evidentemente o sistema mais simples e a simplicidade foi um dos principais objetivos almejados pelo legislador.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 1a. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1.497

39 - “O que hoje ocorre? Inadmissível lá embaixo, as partes oferecem agravo de instrumento, vem pra cá, vem por ARE (agravo em recurso extraordinário). Nós decidimos monocraticamente o ARE e vem agravo regimental. Então, de três nós passamos para dois recursos”, disse Fux. “Então isso já mostra que há um compromisso com a duração razoável do processo. E se tem alguém que tem que ter esse compromisso é o STF.” Matéria sobre a reação do Ministro Fux às críticas ao novo CPC realizadas por estudo do STF, pelo link: www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

mesmo com a existência expressa legalmente, com o intuito de restaurar a dualidade no juízo de admissibilidade. O argumento foi que menos da metade⁴⁰ dos recursos excepcionais subiam via agravo, com a necessidade da continuidade desse filtro de admissibilidade.

Argumento justo e complexo, o que fez a alteração do CPC/2015 ocorrer em plena *vacatio legis*.

De certa maneira, os Tribunais Superiores tinham razão imediata, o que geraria um evidente aumento indevido de recursos recepcionados em suas distribuições, a partir de 2016, com a vigência do novel ordenamento, caso nada fosse feito. Todavia, como o CPC/2015 concedeu ênfase aos incidentes formadores de precedentes, com a necessidade de uniformização e pacificação de entendimentos, talvez, com uma boa e devida utilização desses institutos, resultando em uma formação devida de precedentes, com a pacificação de controvérsias e matérias, não chegariam, a médio prazo, a mesma quantidade recursal. O normal, com todas as novidades sendo efetivadas, seria caírem os números de recursos excepcional. No entanto, não houve tempo para visualizar qualquer realidade⁴¹, positiva ou negativa, uma vez que a alteração, proposta no CPC/2015, já caiu por terra, quando da alteração legislativa da lei nº 13.256/2016.

Não havia, nessa alteração no juízo de admissibilidade, a princípio, para um juízo de admissibilidade monofásica, o intuito de inviabilizar, processualmente, qualquer demanda, tampouco um ataque à celeridade processual, uma vez que, ao extinguir uma modalidade recursal, o agravo

40 - No entanto, os tribunais superiores pensaram o hoje, a aflição, correta em parte, que seria o recebimento, para cada tribunal, de cerca de 200 mil recursos a mais anualmente, que são represados pelos tribunais de segunda instância. Números citados nessa matéria: <http://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux>

41 - “Entretanto, demonstra-se totalmente compreensível a preocupação de nossas cortes supremas com o aumento de trabalho diante da assunção do exercício do juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, dada a extrema quantidade de trabalho já exercida por estas Cortes. Devemos considerar ainda que os processos que tramitam atualmente têm decisões proferidas sem levar em consideração o sistema de precedentes do novo CPC, o qual terá sua vigência iniciada em março de 2016 e levará algum tempo para ter seu sistema de precedentes implementado, mediante decisões sendo proferidas em respeito aos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos no artigo 927 do novo CPC, até porque algum destes precedentes passarão a ser criados apenas na vigência do novo CPC, tais como os decorrentes da assunção de competência e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Neste sentido, propomos ao Congresso Nacional uma regra de transição para o novo CPC no tocante ao juízo de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial, de modo a conciliar a necessidade de manter íntegro o sistema de precedentes, bem como a atender a preocupação do STF e do STJ pelo aumento de trabalho pelo exercício do juízo de admissibilidade nestes recursos, estabelecendo-se uma emenda ao PLC 168 para impor uma regra de transição ao novo CPC, incluindo-se nas disposições finais e transitórias deste diploma legal um prazo de cinco anos para o fim do juízo de admissibilidade pelos tribunais de origem nos recursos extraordinário e especial, pois, neste prazo, haveria a sedimentação do sistema de precedentes e a consequente diminuição drástica da quantidade destes recursos, sendo mantido assim, incólume o sistema de precedentes idealizado e que deverá impactar muito positivamente em nosso sistema judiciário.” PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra de transição. <http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantidocriada-regra-transicao#author>

do antigo art. 544, haveria, de igual modo, uma diminuição, não somente da fase processual de análise sobre a admissibilidade do recurso excepcional, bem como da extinção de um recurso, diminuindo o tempo processual⁴². Uma pena, mas uma realidade processual do antigo ordenamento foi novamente reintroduzida no ordenamento.

3.5. Juízo de mérito dos recursos excepcionais

Após a realização do juízo de admissibilidade, seja somente pelo relator ou pelo colegiado, com o resultado positivo, ultrapassa-se a análise formal do recurso, para adentrar-se no enfrentamento da questão meritória. Importante frisar que somente ocorre o juízo de mérito com o juízo de admissibilidade restando positivo, com o cumprimento de todos os requisitos de admissibilidade.

As questões federais ou constitucionais perfazem o mérito dos recursos excepcionais, cada qual diante do seu cabimento recursal. O relator, de acordo com o art. 932, pode decidir o mérito recursal monocraticamente, quando houver posicionamento pacificado e reiterado sobre a matéria, cabendo, dessa decisão monocrática, agravo interno, de acordo com o art. 1.021, impugnando-a, com base na impossibilidade de decidir monocraticamente, seja pela falta de pacificação na matéria ou pela necessidade de decisão colegiada.

Caso o relator não decida monocraticamente, quando a análise e o seu voto estiverem prontos, o recurso é remetido para a secretaria, para que seja inserido em pauta para julgamento pelo colegiado, com a prerrogativa do presidente deste sobre quando essa inclusão acontece. Com a inserção no julgamento, o relator deve proferir o voto, contendo o relatório e a fundamentação, além de seu posicionamento decisório sobre o recurso. Os demais membros do colegiado votarão em seguida, de acordo com as regras de cada Tribunal.

Sobre o mérito recursal excepcional, apesar das hipóteses de cabimento necessitarem de ofensas às leis federais – questão federal no recurso especial – ou à Constituição – questão constitucional no recurso extraordinário, os Tribunais Superiores não são meramente de cassação; após realizarem a “defesa” da norma jurídica de sua competência, ou seja, ao verificarem a ofensa à lei ou à Constituição Federal, depois da identificação do erro no acórdão recorrido, aplicarão o direito sobre a questão, não somente anulando os julgamentos anteriores, mas, também,

42 - Código de 1973 - Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.322, de 2010).

decidindo, e respondendo ao recorrente sobre o direito ali reivindicado, dando provimento, parcial provimento ou improvimento.

Essa aplicação posterior do direito faz, de certa maneira, o termo *provimento* ser equivocado para a situação, uma vez que estaríamos diante de uma bipartição judicante, com a decretação de uma ilegalidade que gera a anulação da decisão anterior, concedendo o provimento do recurso; contudo, quando o julgamento passa para a aplicação do direito, não há um provimento recursal, mas um verdadeiro rejuízo, sem ter a base da decisão anterior, pelo fato de ela ser anulada pela ilegalidade – seja à lei federal ou à Constituição – que possibilitou o cabimento e a admissão do recurso excepcional.

As questões devolvidas a julgamento são somente aquelas impugnadas pelo recurso excepcional, tanto outros pedidos do acórdão recorrido que não foram fruto de impugnação ou, ainda, questões de ordem pública não mencionadas no recurso, não são devolvidas para revisão pelo Tribunal Superior, impossibilitando análise recursal sobre estes pontos.

A *primeira hipótese* recai na faculdade do recorrente sobre a escolha da matéria recursal, a devolutividade material proporcionada pelo recurso. Se um acórdão contiver diversos pedidos e matérias independentes, não há nenhuma obrigatoriedade de que o recurso alcance todos com a sua impugnação, podendo, o recorrente, resignar-se sobre um ou alguns dos pedidos ou matérias, intentando o recurso somente sobre outro pedido ou matéria.

Desse modo, com a escolha pela impugnação parcial à decisão de segundo grau, a devolutividade, desse recurso excepcional, alcança somente uma parte do acórdão recorrido, sem alcançá-lo por inteiro, impedindo, portanto de que o Tribunal Superior possa analisar tal parte decisória, pela ocorrência do trânsito em julgado, formando coisa julgada parcial.

Sobre a *segunda hipótese*, há a impossibilidade de aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, mesmo sendo matéria de ordem pública ou, ainda, sobre questão discutida e não solucionada, sem a devida impugnação no recurso. O impedimento para tal análise é a falta de decisão sobre tal pedido ou matéria no segundo grau e, portanto, sem o necessário prequestionamento, o que importa na impossibilidade do colegiado apreciar matéria em caráter translativo em grau superior, seja pela causalidade ou ordem pública.

Se houver o pedido recursal envolvendo a questão translativa, pela causalidade ou pela ordem pública, esta pode ser analisada pelo Tribunal Superior? A resposta é pelo viés positivo, contudo, há de se imaginar duas situações diversas, mas que permitem tal rediscussão. A primeira será na existência da discussão sobre a translatividade – causalidade ou ordem pública

– no acórdão recorrida e, a devolutividade no recurso excepcional, autorizando, portanto, a análise pelo Tribunal Superior, pelo fato de que a matéria foi decidida pelo Tribunal de segundo grau, cumprindo o prequestionamento e constando na impugnação específica recursal.

A outra possibilidade está na ausência de decisão sobre a matéria translativa pelo Tribunal de segundo grau, qualquer que seja a matéria e a interposição, pelo recorrente, dos embargos de declaração com fins de prequestionamento sobre tais pontos e, após, em recurso excepcional, a impugnação específica sobre as mesmas matérias. Nessa hipótese, o recorrente cumpriria o prequestionamento, nos moldes do art. 1.025, com a autorização de repetir tais pontos e matérias no recurso excepcional, mesmo sem a real decisão pelo Tribunal recorrido.

No entanto, nesses casos, a análise não seria pelo efeito translativo, pelo fato de que constam, no pedido recursal, tais matérias, importando no efeito aplicado ser o devolutivo, com a escolha material a ser analisada pelo Tribunal Superior.

3.5.1. Âmbito do julgamento de mérito dos recursos excepcionais

Ao interpor qualquer dos recursos excepcionais, os pedidos recursais delimitam o mérito, com a devolutividade da matéria de acordo com os limites impostos pela impugnação realizada, como qualquer outro recurso. No entanto, sobre os recursos para os Tribunais Superiores, a delimitação de mérito deve ater-se aos cabimentos necessários dispostos na Constituição, as denominadas questões federais para o recurso especial e as questões constitucionais para o recurso extraordinário.

Para a interposição recursal excepcional, o mérito é vinculado materialmente, com a necessidade de fundamentação nessas questões excepcionais. Sem vislumbre, mediante análise do acórdão do Tribunal de segundo grau, de existência de alguma questão, não haveria meios para a interposição de tal recurso. Por outro lado, com a existência material de alguma questão, o cabimento é pertinente.

Desse modo, na análise de admissibilidade, nos excepcionais, a pertinente temática material é essencial para o julgamento de mérito e a devolutividade do processo e da impugnabilidade ali constante. Quando o recurso for admitido em um dos fundamentos materiais, com a questão excepcional, haverá a devolução, também, de todos os fundamentos sobre aquele capítulo da decisão, independentemente de ventilados ou não no recurso. A matéria e pedido pertinente são devolvidos para a reapreciação, não somente o fundamento recursal do recorrente, permitindo a reanálise, pelo

Tribunal Superior, daquela parte da decisão impugnada, com aspectos gerais e amplos de visualização jurídica, desde que atrelados ao capítulo impugnado.

Não se deve entender, sobre essa possibilidade, como um efeito translativo ou, ainda, a possibilidade do Tribunal Superior de alcançar outros pontos não solucionados na lide, via acórdão recorrido. O intuito é diverso, passa pela ampliação dos fundamentos, com amplitude cognitiva e exaurimento material sobre o pedido ali realizado, com limitação ao seu próprio alcance.

O art. 1.034, em seu parágrafo único, positiva a possibilidade dos Tribunais Superiores, para a solução do pedido recursal, analisarem de forma ampla o capítulo da decisão recorrida, não se limitando ao argumento apresentado pelo recorrente, com a abertura de um leque de fundamentos e análises possíveis sobre a questão, seja federal ou constitucional. O importante, para essa instância superior, é a interpretação da norma, de acordo com sua competência, aplicando-a sobre a situação ali posta, entendendo como a melhor situação jurídica, não somente para a questão fática ali descrita, mas para a aplicabilidade do próprio direito.

Dessa maneira, não pode, o julgador do Tribunal Superior, ficar adstrito à fundamentação do recorrente, mas com a existência do pedido, este delimita o mérito, contudo não a amplitude da argumentação impugnativa. A finalidade precípua desses Tribunais recai na segurança jurídica da interpretação pacífica das leis, firmando posicionamento para a melhor aplicabilidade possível, independente dos fundamentos do recurso, que tem serventia para atribuir o efeito devolutivo e delimitar o pedido a ser respondido, mas não há vinculação com a fundamentação do recurso, contendo, então, autonomia da discussão meritória.

3.6. A falta de efeito suspensivo dos recursos excepcionais e a forma de concessão em eventual pedido de efeito suspensivo

Os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo sobre os acórdãos que impugnam, podendo estas decisões serem utilizadas, mesmo com trâmite recursal pendente de julgamento, como base de uma execução provisória. Evidente que o caráter da exigibilidade de um acórdão que tem um recurso excepcional pendente é provisório, pela possibilidade de alteração do resultado da demanda, justamente pela existência de um recurso a ser julgado.

Como o caráter dessas modalidades recursais é excepcional, mediante a existência de uma decisão, em regra, de duplo grau de jurisdição, com uma cognição exauriente, a parte que teve êxito na demanda pode, desde já, executar a demanda. O recurso, nesse caso, é exceção e, assim, a decisão impugnada já detém eficácia imediata, com a possibilidade do vencedor, até ali, executar o teor da condenação já existente.

Todavia, com base no art. 1.029, § 5º, pode se requerer a atribuição do efeito suspensivo para o recurso excepcional, ainda que este não o detenha.

Essa possibilidade, mediante a vigência do CPC/73, tinha pacificação na jurisprudência sobre sua viabilidade processual, utilizando, para tanto, uma *medida cautelar inominada*, com o intuito de conseguir o efeito suspensivo via liminar. No CPC/2015, não houve a repetição de tal modo, com a inserção de um rito próprio, no qual o recorrente realiza uma mera petição com os fundamentos do pedido de concessão do efeito suspensivo, discorrendo sobre o perigo de dano na possibilidade de execução e também da própria plausibilidade do recurso excepcional interposto, com demonstração de eventual chance de provimento do recurso.

Como já vimos, o pedido de efeito suspensivo recursal, no CPC/2015, mediante o art. 995, parágrafo único, é uma espécie de tutela provisória, dado que os requisitos ali existentes são os mesmos da tutela provisória, como um juízo de probabilidade, cominado com a existência de um risco ao resultado útil do processo.

No entanto, mesmo com a existência, nos recursos excepcionais, dessa possibilidade de pedido da concessão de efeito suspensivo, este continua sendo uma *exceção*, nunca uma *regra*.

O pedido deve ser feito em *petição avulsa* ao recurso, demonstrando a sua necessidade, requerendo a concessão do referido efeito, direcionando o requerimento para três possibilidades de órgãos: *ao Tribunal Superior*, se realizado durante o período entre a decisão de admissão do recurso excepcional e a distribuição no respectivo na instância superior, enquanto ainda estiver em trâmite de remessa pelo Tribunal recorrido, ocasionando a prevenção, no Tribunal Superior, do relator designado para a resposta desse pedido, também vinculado ao próprio recurso; *ao próprio relator*, no caso de o recurso estar já distribuído no Tribunal Superior; *ao presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido*, se for situação em que o recurso excepcional está sobrestado, ainda no Tribunal *a quo*, por julgamento de demandas repetitivas ou, ainda, passível de análise do juízo de admissibilidade do respectivo recurso excepcional.

No entanto, o recorrente pode utilizar do bojo recursal para realizar tal pedido? Não há, formalmente, nenhum óbice para tanto⁴³, contudo o próprio recurso e, consequentemente, o recorrente seria prejudicado com a escolha por tal meio de realizar-se o pleito, pela ineficácia temporal para a análise. Na petição avulsa, há um incidente a ser solucionado e, com isso, a

43 - Enunciado nº 609 do FPPC. O pedido de antecipação da tutela recursal ou de concessão de efeito suspensivo a qualquer recurso poderá ser formulado por simples petição ou nas razões recursais

necessidade de uma resposta judicial para tanto, fato que não ocorre quando o pedido for interno ao próprio recurso.

A concessão do efeito suspensivo ao recurso excepcional impede o prosseguimento da execução provisória, suspendendo-a até o julgamento do recurso excepcional pelo Tribunal Superior.

4. CONCLUSÃO

O CPC/2015, diante da sua base de mudanças, tentou melhorar a procedimentalidade recursal, tanto dos recursos ordinários, quanto dos recursos excepcionais. O intuito, de um modo geral, foi permitir maior quantidade de julgamentos de méritos e menos demandas a serem intentadas, sistematizando uma nova ordem recursal.

Esse estudo teve como objetivo delinear algumas novidades sobre os recursos excepcionais, algumas reedições de normas e, ainda, visualizar como a procedimentalidade desses recursos ocorrerá diante do novel ordenamento e receptividade nos Tribunais Superiores.

O juízo recursal realizado no STJ e no STF não são de mera revisão, tampouco de duplo grau de jurisdição, mas de uma excepcionalidade para proteção da lei federal ou a norma constitucional e, diante dessa visão, alguns pontos foram alterados para uma melhor procedimentalidade desses recursos. O primeiro ponto é a fungibilidade entre os recursos excepcionais – especial e extraordinário – constante no art. 1.032 e 1.033, uma novidade para flexibilizar a chamada ofensa reflexa à Constituição Federal. O intuito dessa novidade está para que o recurso excepcional interposto seja julgado, independentemente de qual Tribunal Superior, quando houver uma discussão sobre a ofensa reflexa. É uma novidade pertinente para que haja um livre trânsito entre os recursos excepcionais.

Uma outra novidade está na flexibilização da admissibilidade recursal excepcional – art. 1.029, § 3º – com a possibilidade do relator, no Tribunal Superior, relativizar algum defeito na admissibilidade, desde que o vício não seja grave. É uma grande diferença do ordenamento anterior, com a possibilidade de que um recorrente em grau excepcional corrija o vício formal em seu recurso. Uma clara demonstração do princípio da primazia ao julgamento de mérito.

Não há mais recursos excepcionais retidos, o que possibilita claramente a interposição dos recursos excepcionais em agravo de instrumento, até pelo fato de que inovou com a criação da decisão parcial sem mérito e com mérito. Se as decisões interlocutórias ganharam nova definição, com outras amplitudes,

os recursos excepcionais diante do acórdão do agravo de instrumento seguirão diretamente aos Tribunais Superiores.

Os recursos excepcionais não têm efeito suspensivo, o que continua no novel ordenamento, contudo a forma de concessão em eventual efeito alterou para um mero pedido interligado ao recurso, extinguindo as ações cautelares para essa concessão, uma clara mudança sobre o ordenamento anterior.

O juízo de mérito dos recursos excepcionais foi levemente ampliado, com a permissão, via art. 1.034, em seu parágrafo único, dos Tribunais Superiores, para a solução do pedido recursal, analisarem de forma ampla o capítulo da decisão recorrida, não se limitando ao argumento apresentado pelo recorrente, com a abertura de um leque de fundamentos e análises possíveis sobre a questão, seja federal ou constitucional.

5. BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Hécio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. in Meios de Impugnação ao Julgado Civil – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Adroaldo Fabrício (coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BARROSO, Luis Roberto. Recurso extraordinário e a violação indireta da Constituição: ilegitimidade pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 04/04/2017.

BERMUDES, Sérgio. *O recurso especial retido e a tutela cautelar do recorrente*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999,

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A fungibilidade de mão dupla entre os recursos excepcionais no CPC/2015. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada – v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre;

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm. 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016

DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In.: OLIVEIRA, Bruno Silveira de (coord.). Recursos e duração razoável do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LEMOES, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. Revista de Processo, v. 258, p. 235-254, 2016.

_____. A volta do juízo bipartido de admissibilidade do recurso especial e extraordinário e a assimetria legal como consequência da lei 13.256/2016. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Brasília, DF.

DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.. Florianópolis ? Santa Catarina: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2016. p. 210-230.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função das cortes supremas e o novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 65 – Mar/Abr/2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 2ª Edição. RT: São Paulo. 2015.

MIRANDA, Pedro de Oliveira. Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015. 1ª. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. in *Restrições ilegítimas do conhecimento dos recursos*, Revista AJURIS, ano XXXII, nº 100, dezembro de 2005,

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Sistemática da Repercussão Geral no Novo Código de Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n. 97, set/out/2015, IOB.

PANUTTO, Peter. Juízo de admissibilidade deve ser mantido e criada regra

de transição. <http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/juizo-admissibilidade-mantidocriada-regra-transicao#author>

THEODORO JR. *Humberto. As alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei 9756/98*. Superior Tribunal de Justiça 10 anos. Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília, 1999,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 3a. Edição. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio dos recursos de estrito direito e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 1a. Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

www.jota.info/fux-rebate-criticas-ao-novo-cpc

www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processofux