

## DO RECURSO ESPECIAL PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antônio de Pádua Ribeiro

*Sumário: 1. Introdução — 2. A nova estrutura do Poder Judiciário — 3. Origem do recurso especial — 4. Função do recurso especial — 5. Pressupostos e casos de cabimento — 6. Pré-questionamento da questão federal — 7. Casos de cabimento do recurso especial — 8. Recurso especial e direito intertemporal — 9. Processamento do recurso especial anteriormente à Lei de Regência — 10. Recurso especial e a Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990 — 11. Interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário — 12. Algumas questões decorrentes da Lei n.º 8.038, de 1990.*

### *Introdução*

A Constituição em vigor, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, criou o Superior Tribunal de Justiça e deu-lhe competência para “julgar, em *recurso especial*, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da qual lhe haja atribuído outro Tribunal” (artigo 105, III).

Conforme se depreende do texto constitucional, o recurso especial, em suma, nada é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional. Daí que, para a sua boa compreensão, convém, de início, fazer breve referência sobre a nova estrutura do Poder Judiciário.

### *A Nova Estrutura do Poder Judiciário*

Observando-se a atual estrutura do Poder Judiciário, nota-se que dois Tribunais são de índole nacional, exercendo jurisdição sobre as justiças federal e estadual: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro, Corte predominantemente constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O outro é o órgão de cúpula da Justiça comum, isto é, da Justiça estadual e da Justiça federal não especializada. Dentre as relevantes competências atribuídas àquelas Cortes, destacam-se duas de natureza eminentemente federativa, que ensejam o maior número de causas a elas submetidas: a de julgar, respectivamente, o recurso extraordinário e o

recurso especial. Através do primeiro, o Supremo exerce, em cada caso concreto, a função de guardião da Constituição (art. 102, *caput*) e, via do outro, o Superior Tribunal de Justiça atua no sentido de assegurar a supremacia da legislação federal sobre a legislação local (estadual e municipal).

### *Origem do recurso especial*

A origem do recurso especial é a mesma do recurso extraordinário, vez que o recurso especial, como antes afirmado, é nada mais que o antigo recurso extraordinário adstrito à matéria infraconstitucional.

O recurso extraordinário, no panorama pátrio, foi inspirado no *writ of error* norte-americano, apoiando-se este no *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, lei ordinária alterada pelas leis de 5 de fevereiro de 1867 e de 18 de fevereiro de 1975, cujo art. 25 tinha esta redação:

*“Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato”.*

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe, dentre outras, a competência para julgar recurso especial, ainda sem denominação, análogo àquele do direito norte-americano.

O texto, na sua essência, embora com alterações, foi mantido pelo art. 59, § 1.º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, modificado pelo art. 60, § 1.º, daquela Constituição, na redação dada pelas emendas de 6 de setembro de 1926, e, posteriormente, pelo art. 76, III, da Constituição de 16 de junho de 1934; art. 101, III, da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937; art. 101, III, da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 114, III, da Constituição de 24 de janeiro de 1967, dispositivo este alterado pelo art. 119, III, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69.

A denominação recurso extraordinário foi empregada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26 de fevereiro de 1891, e repetida pela Lei n.º 221, de 20 de novembro do mesmo ano, passando a constar da Constituição de 1934 e das Constituições posteriores.

Foi a Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, que passou a referir-se a dois recursos excepcionais: o recurso extraordinário, cabível para o Supremo Tribunal Federal, versando matéria constitucional (art. 102, III) e o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, atinente à matéria infraconstitucional (art. 105, III).

### *Função do recurso especial*

Depreende-se do resumo feito que muitos escólios doutrinários e jurisprudenciais afluídos sob a égide dos textos constitucionais anteriores acerca do recurso extraordinário, particularmente sobre aquele concernente à matéria infraconstitucional, devem ser considerados nos estudos relativos ao recurso especial, sobre o qual passamos a refletir de maneira mais específica.

De início, para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (*Liebman*).<sup>(1)</sup> O motivo está, segundo lembra *Buzaid*, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais juízes, podendo servir de antecedente judiciário.<sup>(2)</sup>

Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal a quo.

Em suma, a função do recurso especial é tutelar a *autoridade* e *unidade* da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de *Pontes de Miranda*, assegurando a sua *inteireza* positiva (art. 105, III, a), a sua *autoridade* (art. 105, III, b) e a sua *uniformidade de interpretação* (art. 105, III, c).

(1) Perspectivas do Recurso Extraordinário, "Revista Forense" n.º 55, p. 605.

(2) "Nova Conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil", in *Estudos de Direito*, p. 183, Saraiva, 1972.

## *Pressupostos e casos de cabimento*

Os pressupostos gerais do recurso especial são os mesmos atinentes aos outros recursos. Todavia, adicionam-se a eles pressupostos específicos, quais sejam:

- a) existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais;
- b) que a decisão, a ser impugnada através dele, seja definitiva;
- c) existência de questão federal enquadrável nas alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição.

Aspecto importante a salientar é que a nova Constituição, ao contrário do que acontecia com o recurso extraordinário, versando matéria infraconstitucional, não admite possa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça restringir os casos de cabimento de recurso especial (ver Constituição de 1967, com a redação da E.C. n.º 1/69, art. 119, parágrafo único).

O exame do inciso III do art. 105 da Constituição leva-nos a importantes reflexões. Diz o texto que cabe ao Superior Tribunal de Justiça:

*“Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.”*

Na exegese do inciso, a primeira questão a ser examinada concerne ao conceito de “causas”. A propósito, ensina *Amaral Santos* que “causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária”. (3)

O texto constitucional emprega, portanto, a palavra “causa” em sentido amplo. O seu conceito é mais abrangente que o de “ação”. Lembra *Castro Nunes* que “qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é uma causa para os efeitos do recurso extraordinário”, ensinamento que vale para o recurso especial. Alerta, porém, o grande jurista que certos procedimentos, relativos a atribuições *administrativas* dos órgãos judiciários, não são propriamente *causas*. Nesse sentido, exemplifica:

---

(3) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º Volume, pp. 198-199, *Max Limonad*, 4ª edição (11ª tiragem).

“É o que ocorre nos casos em que o Tribunal pratica um ato de natureza administrativa, alheio à sua função específica de órgão judiciário. Exemplos: quando elabora o seu Regimento Interno, impõe uma punição disciplinar, organiza uma lista de candidatos para nomeação ou promoção etc. Se o ato lesa um direito individual cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber, e será esse o feito judicial de cuja decisão final caberá então o recurso extraordinário” (leia-se: recurso especial). (4)

Fala o preceito constitucional em causas decididas, em única ou última instância, por Tribunais de Apelação. A decisão há de ser final. Portanto, não caberá o recurso se o acórdão for impugnável através de embargos infringentes.

Decisão proferida em única instância é aquela relativa a causas da competência originária dos tribunais, como ação rescisória, revisão criminal, *habeas data* e, ainda, mandado de segurança e *habeas corpus*. Todavia, quanto a estes dois últimos, é importante salientar que só cabe recurso especial se o acórdão conceder a ordem. Se a denegar, o recurso cabível será o recurso ordinário (Constituição, art.º 105, II, a e b). Com atinência ao *habeas data*, a Constituição incidiu em equívoco, olvidando o seu sistema, ao deixar de prever o cabimento de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça da decisão que o tenha denegado, proferida pelos Tribunais Regionais Federais (ver arts. 105, inciso II, e 108, inciso I, letra c). Neste caso, pois, seja a decisão concessiva ou denegatória, se não versar questão constitucional, o recurso dela cabível será o especial.

A decisão impugnável através do recurso especial há de ser proferida por Tribunais de Apelação da Justiça Comum, seja estadual (Tribunais de Justiça, inclusive do DF e Territórios, e Tribunal de Alçada) seja federal (Tribunais Regionais Federais). O recurso, de que tratamos, não é aplicável a acórdãos proferidos por Tribunais integrantes da Justiça Especializada (Eleitoral, Militar e do Trabalho).

Referindo-se o texto à decisão proferida por Tribunal, resulta que não cabe recurso especial em causa de alçada.

É necessário, ainda, que o acórdão do Tribunal de Apelação da Justiça Comum tenha decidido “questão federal”, segundo se depreende das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição. A consequência é que não cabe recurso especial para reexaminar matéria de fato; por ofensa à lei local (estadual ou municipal); por ofensa a Regimento de Tribunais; ou para interpretação de cláusulas contratuais.

(4) *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 320-330, edição Revista Forense, 1943.

A manifestação do recurso especial é adstrita à matéria de direito federal. Há de fundar-se em fatos incontroversos, como tais tidos pelas instâncias ordinárias. Todavia, convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato.

#### *Pré-questionamento da questão federal*

A "questão federal" há de ser pré-questionada, ou seja, é necessário que o Tribunal *a quo* a tenha apreciado. Portanto, o pré-questionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do pré-questionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra "questionar". Fala que o recurso é cabível quando a decisão recorrida "negar vigência de tratado ou de lei federal" (art. 114, III, a, com a redação mantida pelo art. 119, III, a, da E.C. n.º 1/69), diversamente dos textos constitucionais precedentes (Constituição de 1891, art. 59, § 1.º, a: "quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais"; Emenda de 1926, art. 60, § 1.º, a: "quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais"; Constituição de 1934, art. 79, III, b: "quando se questionar sobre a vigência e validade de lei federal"; Constituição de 1937, art. 101, III, b: "quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal"; Constituição de 1946, art. 101, III, b: "quando se questionar sobre a validade da lei federal"). Tal orientação, contudo, afigura-se-me que não se compatibiliza com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, é um recurso que tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.

No tópico, pois, têm aplicação os princípios consubstanciados nas Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo, nestes termos:

*"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".*  
*"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento."*

Sustentou-se, sob a égide da Constituição anterior, a inconstitucionalidade da Súmula n.º 282 supratranscrita, a qual, no entanto, foi repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir os ERE 96802 (Ag. Rg.) - RJ ("RTJ" 109/299-304). O relator do citado

precedente foi o insigne processualista, Ministro *Alfredo Buzaid*, que, no seu douto voto, demonstrou que a doutrina brasileira nunca hesitou em consagrar a referida orientação (*Pedro Lessa, Do Poder Judiciário*, p. 101; *Matos Peixoto, Recurso Extraordinário*, p. 89 e seguintes), sendo coincidente com as doutrinas consagradas sobre o assunto nos Estados Unidos da América (*Cooley, A treatise of constitutional limitations*, 6.<sup>a</sup> edição, Boston, 1890, pp. 18 e 19); na Argentina (*Bielsa, La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1958, p. 248) e na República Federal da Alemanha (*Stein — Ionas — Schönk, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17.<sup>a</sup> ed., obs. n.ºs 1 ao 561).

Sobre o assunto, não pode ser acolhido o argumento no sentido de que, sob a égide da Constituição anterior, o Supremo podia dispor, no seu Regimento, sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com efeito, a questão é de ordem constitucional, não se podendo invocar para solucioná-la textos de ordem infraconstitucional.

Assinale-se que a regra do pré-questionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar desde logo todas as questões a serem objeto de decisão, não podendo deixar para fazê-lo ao seu talante, surpreendendo o adversário. De outra parte, é dever dos juízes e Tribunais decidir as questões suscitadas, podendo a parte, no caso de omissão, instá-los a solucioná-las através de embargos declaratórios.

Merece, porém, especial reflexão a questão do pré-questionamento implícito em certos casos. A jurisprudência do Supremo, prevalente à época da promulgação da atual Constituição, era no sentido da sua inadmissibilidade (ver "RTJ" 122/863: 47/401; 83/859). Mesmo em casos que, segundo a lei, pudessem ser conhecidos de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como a coisa julgada ("RTJ" 94/743; 98/754; 116/451) e a incompetência absoluta ("RTJ" 88/710; 102/775). Outrora, aquela Colenda Corte admitiu a possibilidade do pré-questionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública que possa ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE 66.103, onde se lê: "A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não pré-questionada" ("RTJ" 56/642).

É possível, ainda, divisar casos peculiares que devem escapar à exigência do pré-questionamento, como o decidido pelo Supremo no RE 75.413-MG, Relator para o acórdão o preclaro Ministro *Xavier de Albuquerque*, que, assim, fundamentou, no tópico, o seu douto voto ("RTJ" 65/574):

*"O eminente Relator não conheceu do recurso por falta de pré-questionamento dessas matérias. Sou forçado a dissentar, data venia, menos por contestar as razões de S. Exa. do que por verificar que, dadas as circunstâncias do caso, o exame desse requisito técnico de admissibilidade do recurso extraordinário reclama certa tolerância, sem a qual a prevalência da decisão recorrida conduzirá a recorrente à situação esdrúxula de ter, teoricamente, o direito que persegue, mas não ter ação para persegui-lo. Na verdade, absolvição da instância não a impediria de reiterá-la, propondo nova ação; mas não lhe seria possível, passando em julgado a decisão recorrida, propor essa nova ação, porque condicionada à prova de pagamento devido não por ela, mas por terceiro, o adquirente de imóvel. Basta a perspectiva desse impasse para convencer, a meu ver, de que a aplicação do citado dispositivo legal se fez de modo a lhe negar a vigência, isto é, sua incidência no sentido verdadeiro e limitada ao caso previsto".*

Em tal contexto, parece-me que a regra, a ser admitida na grande maioria dos casos de recurso especial, é a do pré-questionamento. Todavia, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor.

Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de Apelação. Se não foi, deverão insistir na sua apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal insista em não apreciar a referida questão, aberta estará a via do recurso especial. É claro que, nos declaratórios, não poderá o recorrente suscitar questão nova, não agitada até o momento da sua interposição, pois, em tal caso, a omissão é da parte e não do acórdão ("RTJ" 107/412). A sua admissão implicaria, pois, ofensa ao princípio da eventualidade (CPC, art. 300).

#### *Casos de cabimento do recurso especial*

Os casos de cabimento do recurso especial são os previstos nas alíneas a, b, e c do art. 105 da Constituição.

De acordo com a alínea a, cabe recurso especial quando a decisão recorrida "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".

Os textos constitucionais anteriores usavam expressões semelhantes: decisão for contra a validade, ou a aplicação de tratados ou



leis federais (Constituição de 1891); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1934); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1937); decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1946); decisão negar vigência de tratado ou lei federal (Constituição de 1967 e EC n.º 1/69).

Do estudo das expressões utilizadas pelas várias Constituições, resulta que “contrariar”, “negar vigência”, “negar vigor”, “negar aplicação” à lei federal é tudo a mesma coisa, segundo se depreende do brilhantíssimo voto que o eminente Ministro Prado Kelly proferiu no RE 42.255 (“RTJ” 43/666-684), tendo o sentido que, a seguir, passarei a explicitar. Em suma, segundo os autores em que se baseou na fundamentação do seu voto, “aplicar a lei com violação da sua expressa disposição é o mesmo que não aplicá-la ou tê-la por não existente ou revogada. As leis são feitas para serem cumpridas e não iludidas ou postergadas” (Ministro Aquino de Castro). O que importa é que “a tese da lei tenha sido desobedecida” (Cândido de Oliveira).

É importante, pois, salientar que a expressão “negar vigência” não se adstringe a mera questão de eficácia da lei no tempo, consistente em saber se “uma lei *vige*, já *não vige* ou *ainda não vige*” (Ministro Castro Nunes). A cláusula “negar vigência” equivale à cláusula “negar aplicação” da Constituição de 1891: deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto. Significa aplicar a lei federal erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Ou seja: quando o Tribunal recorrido comete erro de direito através de *violação ou da falsa aplicação* da lei. Segundo ensina *Buzaid*, “dá-se a violação, quando no julgamento foi posta norma diversa da existente; dá-se a falsa aplicação, quando se subsumiu na norma posta fato diverso daquele que a norma prevê. Considerando-se a sentença como um silogismo, a violação consiste assim num erro da premissa maior; a falsa aplicação na sua conclusão”. (5)

Tais ensinamentos foram bem resumidos pelo Ministro Aliomar Baleeiro, no voto publicado na “RTJ” 64/677: “Por vezes, sustentei que não aplicar o dispositivo indicado, ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega, ou negar o que ela dá, equivale a negar a vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum juiz recusa vigência à lei, salvo casos excepcionalíssimos de direito intertemporal ou de loucura furiosa”. (6)

Assinalo que a expressão lei federal é empregada em sentido amplo, abrangendo, pois, decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos.

(5) *Opus cit.*, pp. 182 e 183.

(6) Citado por Sérgio Bermudes em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1975, p. 254.

Por último, cumpre fazer breve observação sobre a regra substanciada na Súmula n.º 400 do Supremo, segundo a qual “a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal”. O verbete é muito criticado — e com razão — pela inclusão no seu texto da expressão “ainda que não seja a melhor”. Todavia, afastado deslize de ordem redacional, não há como deixar de reconhecer que o princípio que encerra é correto. O que quer dizer é o seguinte: se não se trata de alegação de ofensa ou de negativa de vigência da lei federal, mas de divergência quanto a sua interpretação, o recurso extraordinário (hoje especial no que tange à matéria infraconstitucional) há de fundar-se na letra *d* e não na letra *a* do permissivo constitucional (aquela primeira, hoje, letra *c* do inciso III do art. 105).

A alínea *b* admite o recurso especial no caso de a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

Objetiva o dispositivo garantir a observância da hierarquia das leis, com a prevalência das leis federais sobre as locais.

O texto fala em “lei ou ato de governo local”. “Local” é no sentido de estadual ou municipal. “Ato de governo” abrange atos administrativos, em sentido amplo, praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para tal efeito, as leis atinentes ao Distrito Federal como a de organização judiciária, são locais.

Com fundamento na letra *c* do permissivo constitucional, cabe recurso especial quando a decisão recorrida “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Em tal hipótese, a finalidade do recurso especial é uniformizar a interpretação da lei federal. A divergência interpretativa há de ocorrer entre dois Tribunais estaduais, entre dois Tribunais Regionais Federais, ou entre um Tribunal estadual e um regional federal. E ainda mais: entre qualquer dos citados Tribunais de Apelação e o Superior Tribunal de Justiça (ou mesmo o Supremo Tribunal Federal, em matéria infraconstitucional, por ele decidida anteriormente à instalação do Superior Tribunal de Justiça).

O recurso não é, pois, cabível para superar divergência entre órgãos dos próprios Tribunais de Apelação quanto à interpretação de lei federal. Nesse caso, a unicidade interpretativa desta há de ser obtida através da uniformização de jurisprudência. Só a divergência interpretativa externa, isto é, ocorrida entre tribunais diversos pode ensejar o recurso especial.

A decisão trazida a confronto, para fins de caracterização da divergência, há de ser final. Se ela ainda pode ser reformada pelo próprio Tribunal que a proferiu — e quem sabe se no sentido do

acórdão de que se interpôs o recurso especial? — ainda não se pode falar em divergência entre Tribunais. (7)

Julgados do mesmo tribunal não servem para fundamentar o recurso especial por divergência jurisprudencial (ver Súmula n.º 369 do STF, atinente ao extraordinário). A divergência, porém, pode ocorrer até mesmo entre dois Tribunais do mesmo Estado, entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada, por exemplo.

### *Recurso especial e direito intertemporal*

Sobrevindo a nova Constituição, diversas questões de direito intertemporal surgiram no que concerne ao recurso extraordinário. Quanto à matéria, limitou-se o § 1.º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a dizer que “até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente”. Isso significa que, até o dia 7 de abril deste ano, data em que foi instalado o Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário permaneceu sob a égide da Constituição anterior.

Vigente a nova ordem constitucional, instituidora do recurso especial, várias questões afloraram, tendo em conta a existência de recursos extraordinários cujos processamentos:

- a) haviam sido admitidos pelo Presidente do Tribunal *a quo*;
- b) haviam sido denegados, achando-se pendentes de agravo de instrumento ou arguição de relevância;
- c) não haviam sido apreciados.

Para solucionar as referidas questões, a regra fundamental é a de que o recurso rege-se pela lei vigorante à época em que foi proferida a decisão. As limitações constitucionais e regimentais, então vigentes, devem incidir, sob pena de ofender direito subjetivo do recorrido. Observadas tais limitações, é razoável admitir-se que o recurso extraordinário concernente à matéria infraconstitucional seja convertido em especial.

Quanto aos recursos admitidos versando sobre matéria infraconstitucional, basta que, após processados, sejam encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para apreciá-los.

No que tange aos extraordinários admitidos e processados, atinentes à matéria constitucional e infraconstitucional, o Supremo tem encaminhado o processo ao Superior Tribunal de Justiça para julgar a título de recurso especial, a matéria infraconstitucional, remetendo-lhe após os autos para apreciar a matéria constitucional.

(7) Sérgio Bermudes, com apoio em precedentes do STF (*opus cit.*, p. 262).

Processando-se o extraordinário em razão unicamente de relevância acolhida, a apreciação do recurso especial em que foi convertido fica adstrita à matéria objeto da relevância.

Se o extraordinário processou-se em razão de provimento de agravo de instrumento, o recurso especial, objeto de conversão, pode ser amplamente examinado, devendo, porém, a extensão do seu cabimento ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, presente a regra antes referida: o recurso rege-se pela lei da época da decisão. Assim, vigentes restrições constitucionais e regimentais à época da decisão recorrida, devem elas incidir.

Interposto o extraordinário por mais de um fundamento infraconstitucional, a sua admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer outro (Súmula n.º 292 STF).

No tocante ao extraordinário cujo processamento tenha sido denegado, merecem especial reflexão as seguintes hipóteses:

a) havendo relevância, esta acha-se prejudicada. Todavia, a matéria dela objeto não se acha preclusa, podendo o respectivo extraordinário ser convertido em especial no Tribunal *a quo*;

b) o agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o extraordinário, versando matéria infraconstitucional, convertido em especial, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, passa a ser da competência deste;

c) na hipótese de tratar-se de agravo de instrumento interposto de despacho que indeferiu o extraordinário, manifestado contra acórdão de Tribunal de Apelação, *denegatório* de mandado de segurança em instância única, o extraordinário converte-se automaticamente em recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, artigo 105, II, *b*), não se achando este sujeito na origem a juízo de admissibilidade;

d) na hipótese da alínea anterior, se a decisão for concessiva do mandado de segurança, o extraordinário, versando matéria infraconstitucional, converte-se em especial, sendo da competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do agravo interposto contra a inadmissão do seu processamento.

Finalmente, a admissibilidade dos recursos, não apreciada pelo Presidente do Tribunal *a quo* até 07 de abril de 1989, quando sobreveio a instalação do Superior Tribunal de Justiça, ficará sujeita à observância das regras antes mencionadas.

#### *Processamento do Recurso Especial Anteriormente à Lei de Regência*

Antes da promulgação da Lei n.º 8.038, de 28-05-90, o processamento do recurso especial era análogo ao do recurso extraordinário, eis que aquele é nada mais que este restrito à matéria infraconstitucional.

Portanto, até promulgação daquela lei, era este o procedimento a ser observado:

a) o recurso devia ser interposto no prazo de quinze dias, contados a partir da publicação do acórdão, através de petição dirigida ao Presidente do Tribunal de Apelação, contendo a exposição do fato e do direito e os fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão;

b) recebida a petição, o recorrido era intimado, com vista dos autos pelo prazo de cinco dias, para impugnar o cabimento do recurso;

c) findo o prazo, com ou sem impugnação, os autos iam conclusos ao Presidente do Tribunal, o qual, em despacho motivado, admitia ou não, o recurso no prazo de cinco dias;

d) admitido o recurso, abria-se vista dos autos, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, para que cada um, no prazo de dez dias, apresentasse suas razões;

e) apresentadas ou não as razões, os autos eram remetidos, dentro de quinze dias, à Secretaria do Superior Tribunal de Justiça, independentemente de preparo (observação: não são devidas custas quanto aos feitos da competência do STJ);

f) o recurso era recebido unicamente no efeito devolutivo;

g) denegado o recurso especial, cabia agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, no prazo de cinco dias;

h) o agravo de instrumento devia ser instruído com as peças indicadas pelo agravante, dele constando, obrigatoriamente, o despacho denegatório, a certidão de sua publicação, o acórdão recorrido e a petição do recurso especial;

i) o processo e o julgamento do recurso especial, no Superior Tribunal de Justiça, deviam obedecer ao que dispuser o regimento deste.

Esclareço que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece no seu art. 255 que "o recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecidos na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo". Antes, vigorou o Ato Regimental n.º 1, de 10 de abril de 1989, cujo parágrafo único do artigo 24 dizia o seguinte:

*"Aplicar-se-á ao Superior Tribunal de Justiça, no que couber e não contrariar a Constituição e as disposições deste Ato Regimental, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na parte relativa ao julgamento de recursos, e o do Tribunal Federal de Recursos, quanto ao mais."*

*Recurso especial e a Lei n.º 8.038, de 28-05-90*

Em data recente, foi promulgada a Lei n.º 8.038, de 28-05-90, publicada no "Diário Oficial da União" — Seção I, do dia subsequente, que "instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal".

A aludida lei refere-se ao recurso especial nos artigos 26 a 29 e nos artigos 42 a 44, sendo conveniente fazer, a seu respeito, as seguintes explicitações:

a) quanto ao procedimento, tornou-o mais simples do que o anterior, relativo ao recurso extraordinário versando matéria infraconstitucional, pois suprimiu a fase do oferecimento de razões e contra-razões após o despacho da sua admissibilidade;

b) o prazo para impugnação do seu cabimento, que passou a denominar-se "de contra-razões" foi elevado de 5 (cinco) para 15 (quinze) dias (art. 27, *caput*);

c) na hipótese de provimento do agravo interposto da decisão indeferitória do seu processamento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do seu mérito (do recurso especial), o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento a ele relativo, admitida sustentação oral (artigo 28, § 3.º).

d) é cabível recurso adesivo, devendo ser interposto no prazo de dez dias contados da publicação do despacho que admitiu o recurso especial (C.P.C., artigo 500, II, na redação do artigo 42 da lei em exame);

e) é embargável, no prazo de 15 dias, a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno (art. 29);

f) a lei é expressa ao dizer que só é recebido no efeito devolutivo (art. 27, § 2.º);

g) a sua interposição não impede a execução da sentença (art. 497 do C.P.C., na redação do art. 42 da lei em exame).

*Interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário*

Cabem, ainda, algumas palavras com relação ao procedimento concernente à interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário. Sobre o assunto o Anteprojeto da denominada Comissão Afonso Arinos propôs solução, no seu artigo 281, nestes termos:

“Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário”.

Decidindo questões de direito intertemporal, relativas aos recursos extraordinários admitidos, versando matéria constitucional e infraconstitucional, o Supremo tem encaminhado o processo ao Superior Tribunal de Justiça para julgar, a título de recurso especial, a matéria infraconstitucional, remetendo-lhe, após, os autos para apreciar a matéria constitucional (ver questão de ordem suscitada no RE 111608-AM, Relator Moreira Alves, Ac. “DJ”, 5-5-89, p. 7.163). No mesmo sentido, tem decidido, no caso de recursos extraordinários, atinentes à matéria constitucional e infraconstitucional, com argüição de relevância prejudicada com a instalação do STJ e com o conseqüente exaurimento da eficácia do art. 27, § 1.º, do A.D.C.T., remeter os autos ao Tribunal de origem para que possa desdobrar o recurso extraordinário em novo recurso extraordinário (só matéria constitucional) e em recurso especial (matéria infraconstitucional).

Em razão do exposto, antes da promulgação da lei de regência do recurso especial, sustentei que, no caso de interposição concomitante, só após o seu julgamento os autos deveriam ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário. Acrescentei, diante dos argumentos expendidos, que a manifestação, perante o Tribunal *a quo*, do recurso extraordinário e do recurso especial, concomitantemente, devia ser feita em petições apartadas, a fim de evitar tumulto na apreciação dos recursos. Aduzi, ainda, que a proposta de exclusão da fase de razões e contra-razões iria permitir que o recurso denegado pudesse ser encaminhado ao Tribunal a que é destinado, no caso de provimento do agravo, sem maiores dificuldades.

A Lei n.º 8.038, já mencionada, respaldou tais entendimentos. Disciplinando a manifestação coetânea do recurso especial e do recurso extraordinário, dispõe no seu art. 27:

“§ 2.º — Os recursos extraordinários e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

§ 3.º — Admitidos os recursos, os autos serão imediatamente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 4.º — Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

§ 5.º — Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgar o extraordinário.

§ 6.º — No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não o considerar prejudicial devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.”

#### *Algumas questões decorrentes da Lei n.º 8.038, de 1990*

a) O seu art. 44, ao revogar os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil e a Lei n.º 3.396, de 2 de junho de 1958, em suma, revogou, também, a Súmula n.º 602 do Supremo, nestes termos:

“Nas causas criminais, o prazo de interposição de Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias”.

Portanto, a partir da sua vigência, o prazo de interposição do recurso especial, em matéria cível ou criminal, é o mesmo: 15 dias.

b) ensejou o surgimento de algumas questões de direito transitório;

c) não prevê o cabimento de embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal, mas, apenas, no Superior Tribunal de Justiça. Como assinalado, o art. 546 do C.P.C., que previa o cabimento de embargos de divergência no Supremo foi expressamente revogado pelo art. 44 da Lei n.º 8.038, deste ano;

d) deixa dúvida sobre serem ou não devidas custas no caso de manifestação de recurso extraordinário para o Supremo em razão da expressa revogação do art. 545 do C.P.C., que previa o seu pagamento. Com efeito, a Tabela de Custas do S.T.F. foi baixada pela Portaria n.º 112, de 22-10-80, com apoio no art. 119, § 3.º, letra e, da Constituição então em vigor, que permitia ao Supremo “legislar sobre o processo e julgamento dos feitos da sua competência”. Daí indagar-se: referida portaria continuaria a vigor com força de lei, ou ficou prejudicada com a revogação do referido art. 545 da Lei Adjetiva Civil? A resposta só pode ser dada por aquela Colenda Corte de Justiça.