

CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO ESPECIAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ALBERTO VILAS BOAS

Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Hipótese de cabimento. recurso extraordinário e recurso especial – 2.1 Recurso extraordinário – 2.2 Recurso especial – 2.3 Conceito de “causa” – 3 Noções comuns aos recursos extraordinário e especial – 3.1 A definitividade da decisão recorrida – 3.2 Impossibilidade de revisão de matéria fática. Súmula 7, STJ. Súmula 279, STF – 3.3 Prequestionamento. Súmulas 282 e 356, STF – 3.4 Ofensa reflexa a norma constitucional – 3.5 Deficiência da fundamentação. Súmula 284, STF – 3.6 Regra da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade – 3.7 Súmula 238, STF. Fundamento inatcado – 3.8 Recurso extraordinário e decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – 3.9 Juízo de admissibilidade – 3.10 Recurso excepcional. Efeito suspensivo – 3.11 Juízo de admissibilidade negativo. Agravo de instrumento – 4 Conclusão

1 Introdução

Objetivando criar instrumentos eficazes para a tutela do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, o legislador constituinte, à semelhança das constituições revogadas, fez inserir na competência de determinados órgãos jurisdicionais a função de apreciar o recurso especial e o recurso extraordinário.

Por conseguinte, conservou-se no Supremo Tribunal Federal, a competência para o julgamento do recurso extraordinário, cabendo-lhe, definitivamente, a função de oferecer a interpretação mais justa e adequada do texto constitucional (CF, art. 102, III, “a” a “c”).

Outrossim, com a criação e instalação do Superior Tribunal de Justiça, transferiu-se-lhe o contencioso de cunho infraconstitucional, permitindo-se que órgão jurisdicional isolado e que compõe a estrutura do Poder Judiciário pátrio possa fornecer a exegese correta das regras de direito federal (CF, art. 105, III, “a”, a “c”).

Cumpre, portanto, nos limites estreitos desse trabalho, expor algumas considerações sobre os recursos constitucionais em relevo, aclarando aspectos de maior interesse sobre a sistemática processual a ser observada quando do manejo das citadas irresignações.

2 Hipótese de cabimento. Recurso extraordinário e recurso especial

2.1 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário encontra as suas hipóteses de cabimento definidas no art. 102, III, CF, que, na essência, englobam a idéia central de contrariedade a preceito constitucional, pois, será frente ao decidido pelo tribunal local que o Supremo Tribunal Federal concretizará sua missão de defender e de unificar o entendimento sobre os termos da Carta Magna.

De início, válido ponderar sobre o conceito de *contrariedade*, de vez que o apelo deverá contemplar, de forma objetiva e juridicamente hábil, em que ponto o aresto local desviou-se da exegese mais acertada do complexo normativo constitucional.

Por oportuno, imprescindível recordar a lição do *Prof. Nélson Nery Júnior*, pois, a noção de contrariedade não se limita a uma mera ofensa ao texto escrito, haja vista que contrariar *“é dispor diferentemente sobre o espírito da Constituição. Quando se diz “contrariar dispositivo da Constituição Federal”, o termo dispositivo não se tome aqui por literal expressão da Constituição e “contrariar” não se tome como deixar de aplicar estritamente a letra da Constituição Federal”*.

Há que se entender o preceito indicado como propiciador do recurso extraordinário (CF, art. 102, III, “a”) quando a decisão recorrida contrariar o *“... espírito da Constituição, a sua finalidade”* (autor e artigo citados, p. 304).

Cabível, ainda, o recurso extraordinário quando a decisão local declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal aplicável ao caso concreto (CF, art. 102, III, “b”), sendo necessário observar a regra da reserva de plenário para o reconhecimento, mediante controle difuso de constitucionalidade, da apontada incompatibilidade (CF, art. 97).

Nessa hipótese, a Corte Suprema exige que a parte interessada proceda a transcrição ou a juntada do acórdão no qual reconheceu-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do tratado ou da lei federal pertinente à espécie dos autos, sob pena de o recurso não ser conhecido.

Assim, no julgamento do Rext nº 142.871-6-SP (AgRg), a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que *“em processos cujo julgamento caiba a órgãos parciais do Tribunal, suscitada a arguição de inconstitucionalidade de norma incidente, dá-se a repartição de competência por objeto do juízo, devolvendo-se ao Plenário a decisão da questão prejudicial*

de constitucionalidade. Desse modo, é no acórdão plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à arguição de inconstitucionalidade, sendo indiferente o que a propósito do mérito dela, contra ou a favor, se diga no acórdão da Turma” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 5.6.92, p. 8.432).

Em sentido análogo, o julgado proferido no Rext n° 142.328-5-SP (AgRg), asseverando-se que «a admissibilidade no Tribunal a quo e o seguimento no Supremo Tribunal Federal de recurso extraordinário que veicule inconformismo contra declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pressupõe o conhecimento das razões da declaração da pecha pela Corte de origem. Tratando-se de acórdão prolatado por órgão fracionado, indispensável é que contenha a transcrição do que decidido pelo Plenário ou órgão especial, únicos competentes para o exame e a decisão da matéria - artigo 97 da Lei Básica Federal. A deficiência em tal campo não é suprida pela transcrição ou juntada, ao acórdão impugnado, de voto relativo a pedido de vista formulado quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade. Os fundamentos respectivos não são coincidentes, necessariamente, com aqueles que conduziram à declaração do conflito do ato normativo com a Carta Federal» (Rel. Min. Marco Aurélio, 2a. Turma, DJU de 19.6.92, p. 9.523; idem, Agravo de Instrumento n° 164.531-9-CE (AgRg), Min. Marco Aurélio, 2a. Turma, DJU de 25.3.94, p. 6.005).

A alínea “c” do art. 102, III, CF, alude ao cabimento do recurso extraordinário quando for julgada válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, desejando o legislador constituinte explicitar a hipótese em que privilegia-se a legislação pertinente ao ente estatal estadual ou municipal em detrimento do complexo de normas constitucionais sobre determinado tema.

Por fim, cumpre relembrar que o recurso extraordinário não é processualmente adequado para a discussão de questão jurídica de natureza infraconstitucional, posto que a separação dos temas jurídicos afetos a cada espécie recursal realizada pela Constituição Federal fez que com o Supremo Tribunal Federal somente se ocupasse do contencioso constitucional. Logo, é inequívoco que o recurso extraordinário não pode ser tratado como instrumento juridicamente hábil à discussão de direito federal, sob pena de ocorrer usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça.

Apreciando o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 155.684-7-SP, acentuou a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal que “o recurso extraordinário e o recurso especial são institutos de direito processual

constitucional. Essas duas modalidades extraordinárias de impugnação recursal possuem domínios temáticos próprios, que lhes foram constitucionalmente reservados. Ao recurso extraordinário reservou-se, em sua precípua função jurídico-processual, a defesa objetiva da norma constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, a guarda e a proteção da intangibilidade da ordem jurídica formalmente plasmada na Constituição da República. O recurso especial está vocacionado, no campo de sua específica atuação temática, à tutela do direito objetivo infraconstitucional da União. A sua apreciação jurisdicional compete ao Superior Tribunal de Justiça, que detém, ope constitutionis, a qualidade de guardião do direito federal comum. O legislador constituinte, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, atribuiu-lhe, dentre outras eminentes funções de índole jurisdicional, a prerrogativa de uniformizar a interpretação das leis e normas infraconstitucionais emanadas da União Federal (CF, art. 105, III, c). Refoge, assim, ao domínio temático do recurso especial o dissídio pretoriano que, instaurado entre Tribunais diversos, tenha por fundamento questões de direito constitucional positivo” (Min. Celso de Mello, 1a. Turma, DJU de 29.4.94, p. 9.722).

2.2 Recurso especial

O art. 105, III, CF, articula as situações jurídicas que geram a possibilidade de manejo do recurso especial, sendo certo que a negativa de vigência de lei federal, a recusa de aplicação de lei federal em face da legislação local e a divergência entre tribunais, propiciam a intervenção do Superior Tribunal de Justiça visando obter a unificação interpretativa do ordenamento infraconstitucional.

De início, permite o legislador constituinte que, em caso de *negativa de vigência de lei federal*, a parte interessada busque a reforma de decisão local, devendo-se entender existir a ofensa ao ordenamento jurídico tanto na hipótese na qual o acórdão recorrido recusa-se a aplicar a norma jurídica indicada como correta face ao caso concreto, quanto naqueles casos em que determina a utilização de preceito inaplicável ao fundamento fático esboçado nos autos.

Observe-se que a negativa de vigência equivaleria ao fato de o tribunal não empregar a lei ao caso concreto quando é notória a aplicabilidade de determinado dispositivo à hipótese debatida nos autos.

Acerca do tema, asseverou o Prof. Nélson Nery Júnior que negar vigência significa “*declinar-se de aplicar a lei. Isto é negar vigência. E não se aplicar a lei de um modo correto também é negar vigência a lei federal*”.

Em igual sentido, é a manifestação do *Prof. Roque Carrazza* quanto ao tema, pois, “*nega vigência o acórdão que aplica tratado ou lei federal incabível na espécie (no lugar de tratado ou lei federal cabível) e nega vigência o acórdão que dá interpretação manifestamente irrazoável ao tratado ou à lei federal aplicada*” (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, Cadernos de Direito Constituição e Ciência Política, editora Revista dos Tribunais, v. 2:104).

Em suma, o legislador constituinte não mais exige que haja uma negativa literal de vigência da lei federal ou do tratado, bastando que se efetue juízo de valor jurídico inadequado à situação fática ou processual dos autos para que seja, em tese, cogitável a existência de lesão a preceito infraconstitucional.

A expressão “*lei federal*”, por seu turno, engloba as manifestações que versem sobre matérias da competência legislativa dos entes federais, bem como os decretos e regulamentos e as regras oriundas do direito estrangeiro e que são incorporadas no ordenamento jurídico pátrio.

Consoante averba o *Prof. Rodolfo Mancuso*, não se consideram lei federal o “*regimento interno de tribunal (Súmula 399, STF); o ato normativo (RTJ 71/721); a portaria ministerial (RTJ 68/402; RDP 30/123); a resolução de autarquia (RT 561/259); o provimento da OAB (RTJ 106/596); a lei destinada exclusivamente ao Distrito Federal*” (Recurso Extraordinário e Recurso Especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 106/107).

No que pertine à alínea “b” do art. 105, III, CF, o legislador constituinte prescreve ser cabível o apelo especial quando privilegiar-se a lei local (estadual ou municipal) em face da federal.

Esta hipótese recursal seria própria do recurso extraordinário, de vez que ao dar como cabível a aplicação do ordenamento jurídico estadual ou municipal em face de uma regra de direito federal, na realidade estar-se-ia discutindo a competência constitucional dos entes políticos para legislar sobre determinado tema.

Enfrentando a questão, doutrina o *Prof. Rodolfo Mancuso* que “*como dito as hipóteses sob alíneas b, do art. 105, III (recurso especial) e c do art. 102, III (recurso extraordinário), podem e devem ser tratadas conjuntamente, porque nelas o núcleo é comum: a decisão recorrida privilegiou a lei ou ato local; a diferença específica, que irá determinar se ela desafiará recurso especial ou extraordinário, está no contraste que o julgador tenha feito: se foi uma lei federal que restou afastada, o caso será de recurso especial; se o contraste resultou em desfavor de permissivo constitucional, o caso será de extraordinário*” (op. cit., p. 117).

Na essência, observa-se que o art. 105, III, “b”, CF, abrange hipótese

na qual é nítido o contencioso constitucional, de vez que a prevalência da lei local em face da normação federal traduz, inequivocamente, a implícita inconstitucionalidade por força da invasão de competência de um ente político sobre o outro.

Não obstante, a Suprema Corte, ao apreciar a Questão de Ordem no RE 117.809-4-PR, asseverou, por intermédio do Min. Sepúlveda Pertence que *“ao recurso especial, assim coerentemente com sua destinação, o que tocará é a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira mas apenas a compatibilidade ou não com ela, a lei federal, da norma estadual ou municipal”* (apud, Rodolfo Mancuso, cit., p. 119).

Por último, resta a *divergência jurisprudencial* entre tribunais estaduais e federais acerca da interpretação de norma federal, sendo certo que, na essência, o motivo gerador do recurso especial é a comprovação da existência de negativa de vigência de determinado dispositivo legal.

Importa considerar, para efeito de dar o recurso especial como cabível, que o recorrente atente para o disposto no art. 541, Código de Processo Civil, de vez que o legislador exige a efetiva demonstração do dissídio pretoriano mediante a indicação analítica deste.

Em outras palavras, não basta que a parte aponte a divergência mediante a indicação dos julgados ou das ementas, posto ser necessário que seja realizado o cotejo entre os tópicos do acórdão recorrido que se encontram em claro dissenso com o acórdão paradigma.

Ainda assim, é preciso que, ao lado da demonstração da existência da divergência, venham articuladas as razões jurídicas que justificam dar prevalência ao conteúdo do acórdão paradigma face ao aresto recorrido, sob pena de o apelo não ser processado.

Note-se que a mera citação de ementa do acórdão tido como divergente não satisfaz a exigência legal, pois, *“na indicação da divergência, cabe ao recorrente obedecer ao texto regimental, indicando-a “com a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. Não cumprida a recomendação regimental, o recurso se apresenta deficiente, justificando-se, então, a aplicação do princípio inscrito na Súmula 284, STF”* (STJ, Resp nº 16.217-SP, 3a. Turma, rel. Min. Nílson Naves, DJU de 11.5.92, p. 6.432).

Em idêntico sentido, o julgamento contido no *Resp nº 28.171-RS*, vez que o *«Recurso Especial baseado em divergência jurisprudencial não pode ser admitido com o simples transcrever de ementas e de onde não se extrai, extreme*

de dúvida, que os casos confrontados se identificam ou se assemelham» (5a. Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU de 16.8.93, p. 15.991), reiterando o Superior Tribunal de Justiça esta postura ao apreciar o *Resp* nº 13.942-0-SP, ocasião na qual ponderou-se que *«é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses. Para tanto, o recorrente deve proceder à demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, evidenciando a moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes»* (1a. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 7.2.94, p. 1.128).

Cumpra relembrar a Súmula nº 13, STJ, posto que o apelo não pode ser manejado em virtude de divergência que se instalou dentro do próprio tribunal local, admitindo-se, somente, que ocorra entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada.

Ademais, incabível alinhar a divergência quando a decisão objeto do acórdão paradigma não mais é sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, o aresto recorrido encontra-se em simetria com a orientação firmada por esta Corte Superior (Súmula nº 83, STJ).

Ainda que óbvio, necessário lembrar que a divergência jurisprudencial deve ocorrer em relação a regra de *direito federal*, inexistindo possibilidade de admitir o apelo quando tribunais diversos oferecem decisões distintas sobre tema que envolve direito local (STJ, *Resp* nº 59.289-5-SP, 1a. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 17.4.95, p. 9.566).

Por necessário, impõe-se relembrar que o recurso especial não se coloca como remédio jurídico hábil a gerar discussão sobre norma constitucional, posto que a Carta Federal delimita, com precisão, a forma de sua utilização face à decisão proferida pelo tribunal local.

Assim, tem-se que *“o recurso especial não se presta para uniformizar julgados quanto à interpretação de dispositivo constitucional”* (*Resp* nº 32.518-7-AM, 2a. Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 13.3.95, p. 5.273) e sedimentou-se o entendimento de que *“os temas de natureza constitucional são insusceptíveis de conhecimento em sede de recurso especial, cujo alcance restringe-se ao exame do direito infraconstitucional”* (*Resp* nº 58.164-8-RS, 1. Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 20.3.95, p. 6.100; *idem*, *Resp* nº 57.407-2-SP, 1a. Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 5.6.95, p. 16.639).

2.3 Conceito de “causa”

Consoante asseverado anteriormente, os apelos excepcionais encontram seus contornos básicos no âmbito da Constituição Federal, que indica as hipóteses nas quais é cabível cogitar da utilização desta via recursal.

De início, cumpre identificar a noção jurídica de *causa*, a que aludem os arts. 102, III, e 105, III, CF, posto que dotada de ampla divergência a sua conceituação e definição.

A princípio, a expressão em referência deve manter pertinência com a existência de conflito de interesses que se instala no âmbito de determinada relação processual, quer de jurisdição contenciosa, quer de cunho voluntário, porquanto não há como evitar que ocorra a interposição de recurso excepcional quando, por ato eminentemente jurisdicional, a parte não obtém a tutela de seu direito material.

Nesse passo, cumpre relembrar a lição do Prof. Nélson Nery Júnior, pois, a expressão “causa” merece ser entendida “... no sentido mais amplo do termo e não no seu sentido estrito, significando lide”, merecendo destaque que a inclusão “...nesse conceito de causa, as questões que são decididas pelos tribunais como matéria de jurisdição voluntária” (A Nova Lei de Recursos (Lei 8.038/90), Revista Trimestral de Direito Público, v. 2, p. 302).

Não obstante existam precedentes jurisprudenciais que restringem o alcance da expressão constitucional, é certo que a delimitação pretoriana somente seria extensível naquelas ocasiões em que o provimento jurisdicional, não obstante provenha do Poder Judiciário, seja resultado de manifestações administrativas adotadas por esse poder do Estado, como ocorre nos julgamentos de recursos administrativos decorrentes de imposição de sanção administrativa a servidor judiciário ou decisões congêneres.

Exemplo recente é o constante da apreciação do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 164.458-4-DF, ocasião na qual o Plenário da Suprema Corte acentuou que “são impugnáveis na via recursal extraordinária apenas as decisões finais proferidas no âmbito de procedimento judicial que se ajuste ao conceito de causa (CF, art. 102, III). A existência de uma causa - que atua como inafastável pressuposto de índole constitucional inerente ao recurso extraordinário - constitui requisito formal de admissibilidade do próprio apelo extremo. A locução constitucional “causa” designa, na abrangência de seu sentido conceitual, todo e qualquer procedimento em cujo âmbito o Poder Judiciário, desempenhando função institucional típica, pratica atos de conteúdo estritamente jurisdicional” (Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 2.6.95, p. 16.241).

No caso em concreto, recusou-se o seguimento de recurso extraordinário fundado em decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral que, no exercício de função tipicamente administrativa, indeferiu o registro de entidade político-partidária, acentuando a Corte que *«o procedimento de registro partidário, embora formalmente instaurado perante órgão do Poder Judiciário (...), reveste-se de natureza materialmente administrativa. Destina-se a permitir ao TSE a verificação dos requisitos constitucionais e legais que, atendidos pelo Partido Político, legitimarão a outorga de plena capacidade jurídico-eleitoral à agremiação partidária interessada»* (acórdão citado).

Logo, necessário identificar a natureza da manifestação oriunda do Poder Judiciário que, não obstante incumbido de oferecer a prestação jurisdicional, pode ficar legalmente incumbido de manifestar-se sobre questões estritamente administrativas ou para-jurisdicionais.

Necessário avaliar, ainda, que as decisões finais proferidas no âmbito da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (CF, art. 98, I; Lei nº 9.099/95) encontram-se expostas a revisão excepcional somente mediante a interposição de *recurso extraordinário*, de vez que o art. 102, III, CF, não exige que a causa tenha sido decidida por tribunal estadual ou federal.

Ao contrário do que ocorre no espaço legalmente reservado ao recurso especial - que é manejável das decisões proferidas em única ou última instância por tribunais (CF, art. 105, III) -, o recurso extraordinário é cabível da decisão final prolatada pelas Turmas Recursais.

Assim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se que *“descabido é o recurso especial interposto contra decisão de Conselho Recursal do Juizado de Pequenas Causas”* (Resp nº 38.603-9-BA, 4a. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 29.11.93, p. 25.891; idem Agravo Regimental na Reclamação nº 214-4-SP, rel. Min. Dias Trindade, DJU de 28.3.94, 6.287) e a Suprema Corte assentou a exegese, em caso análogo, que *“recentemente, o Plenário desta Corte, ao concluir o julgamento do RE 136.174, firmou o entendimento de que, em face do disposto no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, a expressão “causas decididas em única instância” abrange as decisões de Juiz singular que, por força da alçada, são de única instância. Delas, pois, cabe diretamente recurso extraordinário para esta Corte”* (Rext nº 136.149-2-DF, 1a. Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 6.11.92, p. 20.107; idem Rext nº 136.154-DF, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 149: 559).

3 Noções comuns aos recursos extraordinário e especial

3.1 A definitividade da decisão recorrida

Por certo, o recurso especial e o recurso extraordinário exigem que a parte interessada cuide de esgotar, previamente, todos os recursos ordinários cabíveis para que se conceda contornos definitivos ao litígio junto ao tribunal ou juízo local.

Sim, porque o texto constitucional é expresso em admitir os recursos excepcionais somente quando a causa estiver decidida em única ou última instância (CF, art. 102, III, “a” e art. 105, III, “a”).

Logo, mostra-se inadmissível recurso especial ou recurso extraordinário quando ainda é cabível, na instância de origem, o manejo de alguma espécie recursal ordinária, como, por exemplo, os embargos infringentes.

Dessarte, localizada a existência de voto vencido em relação ao julgado como um todo, ou em relação a determinada capítulo do acórdão, impõe-se que, preliminarmente, a parte interessada prossiga com a discussão mediante a manifestação dos embargos infringentes para, somente depois, cogitar do cabimento do recurso excepcional.

Nesse sentido, é o significado do *enunciado nº 281, da Súmula do STF*, porquanto “*é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”.

A exigência é correta, pois, não é possível admitir que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça investiguem a existência de lesão a norma constitucional ou infraconstitucional quando o próprio tribunal de origem não exauriu a prestação jurisdicional.

Em outras palavras, se a questão jurídica não sofreu debate mais intenso junto à justiça de segunda instância, inviável permitir que as Cortes Superiores supram essa deficiência, sob pena de ocorrer supressão indevida de instância e desatendimento ao contido nos arts. 102, III, “a”, e 105, III, “a”, CF.

Não estando a causa definitivamente julgada, não há como cogitar do recurso raro.

Alerte-se, por necessário, ao contido no *enunciado nº 354 da Súmula do STF*, vez que “*em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação*”.

A proposição sumulada objetiva esclarecer que é necessário que o recorrente observe, com a cautela necessária, o conteúdo do acórdão que se

deseja impugnar, pois, somente será exigível o manejo de embargos infringentes em relação ao tópico do acórdão que não for unânime, sendo cabível a interposição de recurso especial e/ou extraordinário em relação à parte unânime da decisão.

Em suma, mostra-se incabível a aplicação da regra da unirecorribilidade ou da unicidade recursal, porquanto contra uma única decisão possível cogitar da utilização de até três recursos.

Complementando, necessário contemplar o *enunciado nº 355, da Súmula do STF*, haja vista que “*em caso de embargos infringentes parciais é tardio o recurso extraordinário (e o especial, acrescente-se) interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida*”.

Exemplificando, se o tribunal local apreciando recurso de apelação, rejeita, por maioria de votos, questão preliminar relativa à legitimação para agir, e, no mérito, nega provimento ao inconformismo recursal, cumpre impugnar a decisão mediante a interposição, no prazo indicado na lei, de três possíveis recursos: embargos infringentes (em relação à parte não unânime do acórdão) e o recurso especial e o recurso extraordinário (em relação ao mérito da causa).

Na eventualidade de o recorrente omitir a interposição oportuna dos embargos infringentes, não haverá espaço para, no âmbito dos recursos constitucionais excepcionais, discutir a tese relativa à ausência de legitimação para agir, e, assim, o STJ e o STF somente cuidarão de apreciar a parte unânime do aresto local, a teor dos enunciados nº 354 e 355, da Súmula do STF.

Ocorrendo o ajuizamento dos embargos infringentes e dos recursos constitucionais quanto ao julgamento de mérito, sobrestar-se-á o processamento destes até que ocorra a apreciação daquele, e, posteriormente, adotados pela Corte local os votos majoritários, permitir-se-á o manejo de novos recursos especial e extraordinário que, sob o ponto de vista procedimental, serão associados àqueles já interpostos para a emissão de juízo de admissibilidade.

Daí, por conseguinte, a necessidade de que a parte busque exaurir todas as impugnações ordinárias cabíveis, para somente então, estar em condições de postular aos tribunais superiores.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “*deixando a parte de interpor os embargos infringentes, para fazer prevalecer o voto minoritário que lhe foi favorável no julgamento da apelação, o recurso especial que ela interpôs não pode ser conhecido*” (Agravio Regimental no Ag. nº 56.886-

5-RJ, 4a. Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 29.5.95, p. 15.522; idem, Resp nº 40.647-1-SP, 5a. Turma, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 11.4.94, p. 7.658).

Por fim, cumpre salientar que as considerações acima têm parcial aplicação no âmbito criminal, posto que o legislador processual penal somente confere ao réu o direito ao manejo dos embargos infringentes, restando excluído o Ministério Público (CPP, art. 609, par. único).

Sendo assim, na hipótese de o recurso defensivo ser acolhido por maioria de votos, cumpre ao órgão ministerial ou ao assistente da acusação ingressar diretamente com o recurso excepcional.

3.2 Impossibilidade de revisão de matéria fática. Súmula 7, STJ. Súmula 279, STF.

Constitui aspecto peculiar ao cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário a impossibilidade de que esses remédios processuais sejam alvo de discussão de matéria fática.

Com efeito, sedimentou-se o entendimento jurisprudencial de que ambas as irresignações não estão vocacionadas para o exame de questões fáticas que circundam a aplicação da regra jurídico-material.

Ao entendimento de que o erro no exame do fato é menos pernicioso do que o erro na aplicação da norma jurídica - que se propaga e gera precedente jurisprudencial -, o STJ e o STF, mediante a emissão dos enunciados nº 7 e 279 de suas Súmulas, respectivamente, não conhecem de recursos que exigem revolvimento da prova contida nos autos.

Por certo, raciocina-se sobre a necessidade de ser conferida autonomia aos tribunais locais no que pertine à existência de determinada realidade fática, sendo certo que o STJ e o STF visualizam a aplicação do direito federal ou do direito constitucional sobre a base probatória reconhecida como existente na instância de origem.

Desse modo, entende-se que resta resguardada a autonomia conferida pela Constituição Federal aos tribunais estaduais e federais, limitando a discussão da controvérsia aos seus aspectos estritamente jurídicos, dispensando-se a rediscussão dos fatos para a aplicação da norma jurídica mais correta ao caso em concreto.

Na essência, parte-se da idéia de que o STJ e STF não constituem órgãos que compõem uma terceira instância, porquanto cumprem uma missão dada pelo texto constitucional: interpretar o direito federal e o direito constitucional.

Portanto, os recursos excepcionais não objetivam conferir valoração às questões fáticas, sendo desprezada a iniciativa da parte que tenciona renovar avaliação relativos ao poder de convencimento das provas, à sua substância e ao valor intrínseco que delas se obtém mediante a implementação de um processo interpretativo.

Em outras palavras, não há como admitir que sejam o STJ e o STF equiparados ao juízo monocrático e ao tribunal local, órgãos estes que detém o poder de avaliar em sua inteireza o substrato fático, sopesá-lo, confrontá-lo com as argumentações das partes e, finalmente, emitir decisão de mérito.

A intervenção do STJ e do STF limita-se a fazer com que a norma jurídica seja corretamente aplicada a fatos tidos como incontroversos pelos tribunais inferiores, e, dessa forma, restará cumprida a função daquelas Cortes que, ao lado de fornecer a interpretação mais adequada daquela, cuidarão de tutelar, reflexamente, o direito subjetivo dos litigantes.

Nesse particular, doutrina o *Prof. Rodolfo Mancuso* que a infringência do acórdão recorrido mediante a revisão do contexto fático é absolutamente inviável nos recursos excepcionais, de vez que *“tanto quanto o extraordinário, o recurso especial é de tipo excepcional, derivando essa qualificação dentre outros fatores, da circunstância de não ser ele vocacionado ao exame da matéria fática. O objeto desse recurso há que se restringir ao contraste entre a decisão recorrida e um texto de lei federal que o recorrente sustenta ter sido contrariado, afastado ou interpretado de modo discrepante do que o fez outro Tribunal”* (op. cit., p. 75).

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 7 enfatiza que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, e, em idêntico sentido a Súmula 279, STF.

Cumprir dizer que a circunstância de as Cortes Superiores não poderem examinar, de forma mais intensa, os fatos geradores da controvérsia não elimina a possibilidade destas em qualificar juridicamente o fato jurídico que está a merecer a devida e necessária tutela jurisdicional.

Assim, diante de uma circunstância faticamente irresponsável e tida como incontroversa pelo aresto recorrido, é plenamente possível que o tribunal superior identifique a existência deste ou daquele instituto jurídico e lhe conceda a

valoração necessária.

Em decisão recente, acentuou o Supremo Tribunal Federal que “*na apreciação do recurso extraordinário, são consideradas as premissas do acórdão proferido*” (Agravio de Instrumento (AgRg) nº 162.279-3-MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 4.8.95, p.22.501).

3.3 Prequestionamento. Súmulas 282 e 356, STF

Salientadas as noções mínimas para a compreensão do recurso especial e do recurso extraordinário, importante registrar requisito tido como específico e imprescindível ao sucesso da impugnação recursal junto aos tribunais superiores, porquanto se mostra necessário que a questão federal ou a questão constitucional tenham sido previamente debatidas nas instâncias de origem.

Não obstante a lei processual não faça menção expressa a este pressuposto, é certo que a noção de prequestionamento é indissociável dos recursos tidos como excepcionais, haja vista que o STJ e o STF somente estarão habilitados a julgar a causa quando o tema jurídico encontrar-se devidamente debatido junto aos tribunais locais.

Em outras palavras, exige-se que a parte interessada, quando interposição do recurso ordinário, coloque a questão federal e/ou a questão constitucional que pareça adequada à solução do litígio, de modo a que o tribunal local receptor da irresignação possa estar em condições de enfrentar não somente as questões fáticas, mas também as jurídicas formuladas pelo recorrente e recorrido.

Somente assim, portanto, é que se admitirá dar a causa como decidida em única ou última instância pelo juízo ou tribunal, conforme preconiza o texto constitucional (CF, arts. 102 e 105).

Por conseguinte, prequestionamento significa discutir antes, debater previamente todas as questões jurídicas que interessam ao encontro de uma solução justa, equânime e imparcial do litígio, e, logicamente, essa discussão deve ser instalada no recurso ordinário lançado contra o ato decisório monocrático.

Não procedendo dessa forma, é certo que o tribunal local disporá de limites para a entrega da prestação jurisdicional, de vez que uma vez circunscrito o âmbito de devolução do recurso, descabe cogitar de ampliação do *thema decidendum*.

Registre-se, por oportuno, que esta limitação relativa ao exercício do

poder jurisdicional em segunda instância não encontra respaldo técnico quando a questão jurídica é passível de análise obrigatória e de ofício pelo magistrado (CPC, art. 267, par. 3º, v.g.), especialmente na área criminal, onde concede-se aos tribunais locais a tarefa de tutelar eventuais constrangimentos causados ao direito de liberdade.

O vetusto e conhecido aforisma *da mihi factum, dabo tibi jus* “*não tem aplicabilidade em sede extraordinária*” (STJ, Resp nº 24.053-4-GO (EmDecl), 4a. Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 15.3.93, p. 3.820).

Mas, ultrapassada essa fase recursal, com o desdobramento e abertura da via excepcional, é notório que todas os temas jurídicos de interesse da parte já devem ter sido tratados pelo tribunal, posto que o STJ e o STF somente cuidarão de analisar as questões que foram efetiva e explicitamente discutidas na instância de origem, sob pena de supressão de instância.

Cabível registrar precedente recente, de vez que o “*prequestionamento é antecedente lógico de recurso especial. Vale dizer, o recorrente precisa atacar, dando continuidade processual, tema decidido no acórdão recorrido. Caso contrário, o recurso especial apreciará, originariamente, matéria diversa*” (Resp nº 62.911-0-SP, 6a. Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 30.10.95, p. 36.815).

Dai, por conseguinte, ter sido majoritariamente aceita a tese de que o recurso especial e o recurso extraordinário somente serão viabilizados perante as Cortes Superiores quando ficar caracterizado o *prequestionamento explícito* da questão federal e da questão constitucional.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em pronunciamentos sucessivos, tem afirmado que “*não se conhece do recurso especial, quando as questões jurídicas (ofensa a dispositivos de lei federal) que constituem o respectivo fundamento não foram discutidas e nem julgadas, nas instâncias ordinárias*” (Resp nº 23.250-8-SP, 1a. Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 27.6.94, p. 16.896) e que “*a exigência do prequestionamento não pode ser entendida como simples apego a formalidades, porém na necessidade de se avaliar se o tema foi objeto de apreciação, seja porque explicitamente indicados os dispositivos legais, seja porque a questão de fundo foi objeto de exame do julgado*” (Resp nº 42.280-9-RJ, 5a. Turma, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU de 29.5.95, p. 15.532).

Em postura idêntica, a Suprema Corte tem afiançado que “*em se tratando de recurso extraordinário, é ele, por sua natureza, restrito ao que foi prequestionado no acórdão recorrido e ao que foi alegado em suas razões.*”

Portanto, sem que ocorra o preenchimento desses dois requisitos, não se pode, ao julgá-lo, examinar de ofício alegação de nulidade, ainda que absoluta, do acórdão contra o qual se insurge o recurso extraordinário” (Embargos de Declaração em Ag. Reg. em Recurso Extraordinário nº 169.939-1-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 4.8.95, p. 22.525).

Por conseguinte, a fim de permitir que a questão constitucional ou a questão federal sejam devidamente apreciadas pela STF ou pelo STJ importa que, em primeiro lugar, o tema jurídico tenha sido, efetivamente, submetido ao crivo do tribunal local por meio da impugnação recursal ordinária.

Em outras palavras, constitui ônus das partes submeter ao órgão judiciário de segunda instância as matérias jurídicas que mantenham pertinência com a causa, de maneira a que haja a respectiva manifestação por ocasião do julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, em manifestações sucessivas, orienta-se no sentido de que *“a configuração do prequestionamento pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno versado no recurso. Se a Corte de origem sequer chegou a conhecer dos embargos declaratórios em que veiculado, impossível é tê-lo como configurado. A razão de ser do instituto, inerente aos recursos de natureza extraordinária, está na necessidade de, para dizer-se do enquadramento em um dos permissivos constitucionais (extraordinário ‘stricto sensu’), proceder-se a cotejo”* (RE nº 117.056-5-MS, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.10.94, p. 28.407).

Aliás, não basta que a parte faça menção, no âmbito da peça recursal ordinária, do tema jurídico que deseja ver apreciado, pois, para efeito de dar a questão como prequestionada, impõe-se que o tribunal recorrido a enfrente expressamente, emitindo juízo de valor sobre esta.

Sim, porque *“a simples referência do acórdão recorrido, desacompanhada de efetiva discussão do tema, no sentido de que não se configurou qualquer situação de litigiosidade constitucional, não basta para caracterizar para efeitos recursais extraordinários, a premissa indispensável do prequestionamento, ainda mais quando a decisão do Tribunal ‘a quo’ assentou a resolução da causa, de modo explícito e exclusivo, em sede estritamente legal”* (Agravado Instrumento nº 133.822-9-AM (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.9.92, p. 14.093).

Dáí, a importância da utilização oportuna dos embargos declaratórios que, junto à corte de origem, figuram como instrumento processualmente adequado a caracterizar o prequestionamento, quando o tema jurídico fora

abordado pela parte em seu recurso e o órgão fracionário sobre ele silenciou.

Importa acentuar que os embargos declaratórios não podem ser utilizados como meio de trazer ao órgão jurisdicional de segunda instância questão jurídica que, em momento adequado, não fora proposto por meio do recurso ordinário, salvo as matérias conhecíveis de ofício.

Assim, tem-se decidido que *“na interposição do recurso especial fundado em negativa de vigência a lei federal, é necessário que o acórdão hostilizado tenha apreciado a matéria objeto do dispositivo legal tido como violado”, pois, “se não foram opostos os embargos de declaração, para suscitar a manifestação do órgão julgador sobre a matéria omitida na decisão recorrida, carece o recurso do prequestionamento, requisito indispensável à sua admissibilidade”* (Resp nº 21.063-3-SE, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 21.8.95, p. 25.359).

Vale dizer que não é reconhecido o prequestionamento da questão jurídica quando esta é alegada após o julgamento da irresignação e poderia ter sido arguida pela parte em momento anterior mas não o foi.

A validar este comportamento omissivo do interessado estar-se-ia consagrando não o prequestionamento, mas sim o *pós-questionamento*, e, indiretamente, o limite devolutivo do recurso ordinário estaria sendo ampliado em prejuízo dos interesses da parte contrária.

Apreciando a questão, o Supremo Tribunal Federal observou que *“inadmissível o extraordinário quando a questão constitucional não foi ventilada no acórdão recorrido, e ineficazes são os embargos de declaração para o fim de prequestionar matéria não suscitada oportunamente no recurso de apelação”* (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 126.541-9-SP, rel. Min. Maurício Correa, DJU de 8.9.95, p. 28.359) e, em outra oportunidade, aludindo à ausência de controvérsia sobre a questão constitucional, sustentou a Corte que *“esta Casa vem dizendo ao longo dos anos que os “embargos de declaração não representam, necessariamente, pelo contorno da Súmula 356, garantia de trânsito do apelo extremo. Só têm eles tal valia quando respondem à injustificada omissão do tribunal de origem em versar matéria que as partes oportunamente lhe apresentaram como controvertida” ou quando a afronta à Carta da República surge no próprio acórdão recorrido (RTJ 117/235)”* (Agravado de Instrumento nº 154.875-5-RJ (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18.2.94, p. 1.797; idem Agravado de Instrumento nº 154.049-5-MG (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 19.5.95, p. 14.001).

Não há exigir, pois, o rigor formal de que o acórdão recorrido aponte,

expressamente, o dispositivo legal ou constitucional violado, bastando que a questão jurídica tenha sido debatida e que sobre ela tenha se manifestado o tribunal local, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (Agravo de Instrumento nº 47.218-3-RS (AgRg), rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 22.8.94, p. 21.268).

Lógico concluir, portanto, que as questões jurídicas aptas a gerar a interposição de eventual recurso extraordinário têm que ser submetidas ao crivo do tribunal estadual ou federal, ou que, de ofício, a discussão tenha sido instalada no julgamento do recurso, para, então, cogitar-se da existência do questionamento.

Insta acentuar, ainda, que na eventualidade de ocorrer o manejo dos embargos declaratórios e as apontadas omissões não forem sanadas pela corte de origem, inicia-se a formação de corrente jurisprudencial que entende ser necessário o ajuizamento de novos embargos de declaração, descabendo cogitar de recurso excepcional para discutir a matéria de fundo e que compõe o julgamento do recurso ordinário.

A tese é justificável, porquanto o Estado-juiz não ofereceu a prestação jurisdicional da forma mais efetiva e completa possíveis, haja vista que o não-enfrentamento da questão jurídica tida como omissa pelo embargante permite dizer que não se exauriu o ofício judicante.

Em decisão recente, assentou o Superior Tribunal de Justiça que “*é lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido quedou-se omissa, embora sobre ela devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada*” (Agravo de Instrumento nº 55.003-6-SP (AgRg), rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 27.3.95, p. 7.139), e, ainda, “*existindo no acórdão ponto omissa sobre que devia pronunciar-se o Tribunal, este, provocado por embargos de declaração, não pode deixar de sobre ele claramente pronunciar-se. Nulidade reconhecida, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão*” (Resp nº 36.976-2-SP, rel. Min. Nílson Naves, DJU de 22.8.94, p. 21.262).

Orienta-se o Supremo Tribunal Federal em sentido análogo, pois, «*verificada a omissão, incumbe à parte protocolar embargos declaratórios, no*

que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver a emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não têm, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema» (Agravado de Instrumento nº 180.008-0-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 15.9.95, p. 29.559).

Logo, em face do extremado rigor quanto ao processamento dos recursos excepcionais, impõe-se que o recorrente guarde atenção aos detalhes que envolvem o processamento dos apelos citados, de modo a evitar a perda da possibilidade do exame de matéria relevante do ponto de vista infraconstitucional e constitucional.

3.4 Ofensa reflexa a norma constitucional

Coloca-se como necessário relembrar antiga orientação implantada pelo Supremo Tribunal Federal quanto a necessidade de que a ofensa à norma constitucional seja direta e ostensiva, não cabendo cogitar de contrariedade quando a lesão ao preceito da Constituição Federal seja indireta, oblíqua ou reflexa.

Em suma, se para propiciar a apreciação do recurso extraordinário for necessário, previamente, efetuar a interpretação de norma infraconstitucional, para somente então, averiguar a existência de contrariedade ao texto constitucional, tem-se que a ofensa é reflexa e não direta ao citado ordenamento jurídico, afastando a possibilidade de conhecimento do apelo.

Ou então, será indireta a lesão apontada no recurso, quando o tribunal local decidiu a controvérsia sob ponto de vista diverso do apresentado no apelo excepcional.

Extremamente rígido a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que *“tem-se como não prequestionada a matéria constitucional quando o dispositivo apontado como objeto de afronta é examinado no tribunal a quo sob ângulo diverso do aventado no extraordinário ou quando, apesar de entender que a ofensa à Carta surgiu no acórdão recorrido, a parte não opõe embargos de declaração para que a origem debate o tema. Afronta por via reflexa não autoriza a abertura da instância derradeira”* (Agravado de Instrumento nº 155.479-8-RO (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 29.9.95, p. 31.909).

Na essência, nota-se a preocupação da Corte Suprema em evitar apreciar recurso de índole excepcional quando é necessário conjugar preceitos de direito federal junto ao tema constitucional posto em destaque no apelo que lhe é dirigido.

Assim, somente a ostensiva lesão causada a norma constitucional, não importando a qualidade e o tema por ela tratado, é que gerará a análise do recurso extraordinário.

Em manifestação recente, a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence, acentuou que *“tem-se violação reflexa à Constituição, quando o seu reconhecimento depende de rever a interpretação dada à norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que é a hierarquia infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza de questão federal. Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local”* (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 134.736-9, DJU de 17.2.95, p. 2.747).

3.5 Deficiência da fundamentação. Súmula 284, STF

A formalização do recurso de natureza excepcional exige que a parte interessada apresente argumentação jurídica adequada a combater os argumentos utilizados pelo acórdão recorrido, e, em consequência, o art. 541, ..., CPC, exige que o recurso contemple as razões jurídicas que geram a necessidade de reforma da decisão.

Em consequência, impõe-se concluir que seja indicado o dispositivo legal ou constitucional tido como violado ou contrariado, ou então, que a questão jurídica pertinente a determinado artigo de lei seja adequadamente discutida no âmbito de um ou outro apelo.

Daí, a necessidade de que a fundamentação recursal seja eficiente e traga dentro de si argumentos juridicamente hábeis a abalar a motivação apresentada ao acórdão recorrido, sob pena de ser utilizada a Súmula 284, STF.

Sob essa ótica, decidiu-se que *“na interposição do recurso especial fundado em negativa de vigência de lei federal (art. 105, III, “a” da C.F.) é indispensável a demonstração expressa da vulneração alegada, sem o que carece o recurso de fundamentação legal”* (Resp nº 39.121-0-SP, 2a. Turma, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 13.3.95, p. 5.275), sendo certo que predomina a

orientação no sentido de que *“não se conhece do recurso especial quando não indicado com precisão, pelo recorrente, o dispositivo de lei federal que teria sido violado, ou não exposta, de forma fundamentada, a arguição de afronta ao direito federal ordinário”* (Resp nº 61.056-7-MG, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 29.5.95, p. 15.527).

Em razão da não aplicação da regra *jura novit curia* no âmbito dos recursos excepcionais, impõe-se o recorrente deduzir, articuladamente, a argumentação jurídica que pretende ver prevalecer no caso concreto, não bastando a mera alegação de que ocorreu a negativa de vigência de lei federal ou a contrariedade a preceito constitucional.

Constitui ônus da parte indicar, com a precisão necessário, qual o capítulo do acórdão que permite reconhecer a existência de negativa aplicação ao direito federal ou a contrariedade ao texto constitucional federal.

A rigidez quanto a admissibilidade dos recursos excepcionais é bastante intensa, pois, *“não se conhece do recurso especial, quando na petição do recurso não indica expressamente o recorrente qual a norma infraconstitucional, que teria sido negada ou contrariada, omissão inadmissível no apelo excepcional”* (Resp nº 8.942-0-SP, rel. Min. José de Jesus Filho, 2a. Turma, DJU de 21.3.94, p. 5.464).

3.6 Regra da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade

Conquanto seja possível cogitar da regra de fungibilidade recursal no espaço reservado às impugnações ordinárias, certo é que a jurisprudência dos tribunais superiores não admite a sua aplicação quanto aos recursos excepcionais.

Sim, porque figurando o erro grosseiro como um dos dados a permitir a utilização da fungibilidade recursal, tem-se tutelado o entendimento de que a Constituição Federal é absolutamente clara quanto às hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, e, por consequência, inviável permitir a troca de uma espécie de irresignação por outra.

Ora, se a temática do recurso especial encontra-se voltada para a existência de ofensa a norma infraconstitucional comum, não é aceitável que a parte trate de questão desta natureza no recurso extraordinário e vice-versa, pois, é inegável que ambos os recursos encontram-se corretos e inequivocamente delineados na Constituição Federal.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *“para que seja aplicado o princípio da fungibilidade recursal é necessário que o recorrente*

não tenha incidido em erro grosseiro” (Resp nº 14.963-0-PB, 2a. Turma, rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 14.9.92, p. 14.945), reiterando esta postura, a 2a. Turma do citado tribunal averbou que *“o recurso especial e o recurso extraordinário são excepcionais e específicos, dirigidos a Cortes diversas e com pressupostos constitucionais e legais bem definidos, circunstâncias que afastam a aplicação do princípio da fungibilidade”* (Agravado de Instrumento nº 38.068-8-RS (AgRg), rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 30.8.93, p. 17.288; idem, Resp nº 30.757-4-ES, 4a. Turma, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 22.8.94, p. 21.265).

Em análoga postura, a Suprema Corte já acentuou que o recurso especial que aborda questão constitucional e é processado como recurso extraordinário atenta contra os pressupostos caracterizadores da fungibilidade recursal, pois, *“a aplicabilidade do princípio da fungibilidade limita-se aos casos de dúvida fundada quanto ao recurso cabível. Impossível homenageá-lo quando se deduz espécie recursal imprópria e impertinente em substituição àquela expressamente indicada”* (Agravado de Instrumento nº 134.518-SP (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 149:557-58).

Por conseguinte, se a Carta da República criou o recurso extraordinário como o cabível para dirimir contrariedade a norma constitucional, mostra-se inadmissível que seja providenciada a conversão do recurso especial erroneamente interposto face à existência do citado erro grosseiro.

Impõe-se, por oportuno, dizer que em face de decisão denegatória de mandado de segurança, qualquer que seja o seu fundamento (constitucional ou infraconstitucional) o recurso cabível será sempre o *ordinário-constitucional*, a teor do disposto no art. 105, II, “b”, CF.

O eventual manejo de recurso especial ou de recurso extraordinário na hipótese em que o tribunal recorrido, originariamente, aprecia e *denega* a ação mandamental atraindo, única e exclusivamente, a interposição do recurso ordinário-constitucional, ainda que neste a parte seja obrigada a discutir questão de índole puramente constitucional.

O abandono da via do recurso ordinário-constitucional e a subsequente utilização dos outros recursos excepcionais faz com que haja *erro grosseiro*, e, dessa forma, impedir-se-á a reapreciação da *res controversa* pelo Superior Tribunal de Justiça.

Múltiplos são os precedentes sobre o tema, destacando-se o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que *“com a instalação desse Tribunal, não mais se admite, na espécie, a aplicação do princípio da*

fungibilidade dos recursos” (RMS 83-SP, 1a. Turma, rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 3.6.91, p.7.406); é idêntica a posição da Suprema Corte, pois, “tendo sido a segurança denegada, cabível contra ela era o recurso ordinário, nos expressos termos do art. 102, II, “a”, CF. Ora, mais de três anos depois da promulgação dessa Carta Magna, impõe-se que se tenha como erro grosseiro a impedir a conversão do recurso extraordinário em ordinário, a interposição daquele recurso por este” (RTJ 142:472).

3.7 Súmula 283, STF - Fundamento inatacado

Subsiste a necessidade, ainda, de apreciar os termos da Súmula 283, STF, pois, é passível de inadmissão o recurso excepcional que não enfrenta todos os fundamentos jurídicos utilizados pelo acórdão recorrido para rechaçar a tese desenvolvida no recurso ordinário.

Portanto, constitui ônus processual da parte interessada averiguar se o aresto local dispõe de fundamentos autônomos que, por si só, fornecem a necessária sustentação à manifestação decisória emitida pelo tribunal em segunda instância.

Em consequência, detectado que a decisão colegiada encontra-se estruturada em vários fundamentos infraconstitucionais, ou em fundamento infraconstitucional e em fundamento constitucional, impõe-se como necessário que ocorra a manifestação do recurso especial e do recurso extraordinário concomitantemente.

Na primeira hipótese, é imprescindível que o recorrente aborde todos os fundamentos infracoñstitucionais ou todos os fundamentos constitucionais - cumpre analisar o caso concreto -, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário possam ter viabilidade futura.

Coexistindo fundamento infraconstitucional com fundamento constitucional é absolutamente necessário que sejam deduzidos os recursos excepcionais pertinentes sob pena de não ser conhecido o único manifestado.

Sim, porque a interposição de somente uma das espécies recursais criará óbice intransponível quanto ao julgamento do apelo face aos termos da Súmula nº 283, STF, pois, “*se o acórdão de Corte de segunda grau afronta, também, a Constituição, a par de negar vigência a norma ordinária, cumpre a interposição do recurso extraordinário, no mesmo prazo do recurso especial. Se isso não sucede, não cabe, após o julgamento do recurso especial confirmando o aresto local, interpor recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, com alegação*

de haver a decisão do Tribunal de segunda instância ofendido, também, a Constituição. Não é viável, sequer, em embargos de declaração ao acórdão do STJ, pretender retomar a matéria constitucional, já preclusa, por falta de oportuna interposição do recurso extraordinário. Tornou-se, em consequência, definitivo o aresto da Corte local, pelo fundamento constitucional suficiente e inatacado” (STF, Agravo de Instrumento nº 154.254-4-SP (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 18.3.94, p. 5.171; idem, Agravo de Instrumento nº 152.938-6-SP (AgRg), rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 25.3.94, p. 5.499).

Em postura assemelhada, a 1a. Turma do Supremo Tribunal Federal deliberou que *“é inadmissível o recurso especial quando, apoiando-se o acórdão recorrido também em fundamento constitucional suficiente, não vem ele, neste ponto, a ser objeto de impugnação pela via recursal extraordinária ou, ainda que utilizada esta, o apelo extremo deixa, qualquer que tenha sido o motivo de ter seguimento em virtude de ato decisório transitado em julgado. A existência de fundamento constitucional inatacado revela-se bastante, só por si, para manter, em face de seu caráter autônomo e subordinante, a decisão proferida por Tribunal inferior”* (Agravo em Agravo de Instrumento nº 155.684-7-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29.4.94, p. 9.722; idem, Agravo de Instrumento nº 152.081-8-SP (AgRg), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 12.8.94, p. 20.045).

Em suma, existindo no acórdão proferido por tribunal estadual ou federal dupla fundamentação jurídica que, por sua vez, abrange questão de direito federal comum e de direito constitucional, é necessário que a parte ingresse com os recursos excepcionais pertinentes, a fim de evitar ou o não-conhecimento do apelo, ou, quando julgado o recurso especial, a preclusão da questão constitucional.

3.8 Recurso extraordinário e decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça

Necessário, ainda, ponderar acerca do cabimento do recurso extraordinário das decisões oriundas do Superior Tribunal de Justiça que, logicamente, não se encontra imune a controle constitucional pela Suprema Corte.

Conquanto seja situação jurídica de ocorrência escassa, é certo que não há impedimento a que seja manejado o recurso extraordinário quando o Superior Tribunal de Justiça, em última instância dirime a controvérsia sobre determinada questão federal.

Mas, somente tem-se entendido cabível o recurso excepcional quando,

no próprio acórdão firmado por órgão fracionário da citada Corte, discute-se questão constitucional que, até então, não fora tratada e veio a ser levada em consideração para a concretização da prestação jurisdicional. Assim, será *“cabível o recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça prolatado em recurso especial, quando o recorrente sucumbe nesta instância e a decisão viola a Constituição”* (Rext nº 159.979-1-SP, 2a. Turma, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 19.12.94, p. 35.185).

Em suma, admite-se o recurso extraordinário de manifestações decisórias do Superior Tribunal de Justiça (julgamento de recurso ordinário-constitucional, de recurso especial, embargos de divergência, etc) nos quais tenham ocorrido discussão explícita sobre tema constitucional, pois, *“a impugnação de acórdão do Superior Tribunal de Justiça mediante o extraordinário pressupõe a adoção de entendimento contrário à Carta Política da República”* (Agravado de Instrumento nº 169.447-6-DF (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 7.12.95, p. 42.618).

Por outro lado, inúmeros recursos extraordinários são endereçados contra decisões oriundas de recurso especial haja vista que, em face da identificação de defeitos formais pelo Superior Tribunal de Justiça, não estaria a Corte desempenhando as funções constitucionais descritas no art. 105, III, CF.

Apreciando a questão, a Suprema Corte entendeu que *“somente é possível concluir pelo enquadramento do recurso extraordinário no permissivo da alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal quando as premissas e a conclusão do acórdão impugnado contrariam, frontalmente, a disciplina do cabimento do recurso especial”* (Agravado de Instrumento nº 158.073-0-SP (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 5.5.95, p. 11.909).

De modo simétrico, decidiu-se no Agravo de Instrumento nº 152.835-SP (AgRg) que *«a alegação de ofensa ao art. 105, III, CF, pode servir de base a recurso extraordinário, quando, para conhecer ou não conhecer do recurso especial, a decisão do STJ contiver proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, que aquele preceito constitucional define; não cabe, porém, o extraordinário para o reexame das premissas concretas de que haja partido a decisão do STJ, em tese, correta»* (Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 155:609).

Verifica-se, portanto, que se o Superior Tribunal de Justiça efetuou juízo de admissibilidade que se mantenha pertinente com a estrutura legal e constitucional conferida ao recurso especial, não há condições de o Supremo Tribunal Federal intervir e ordenar a apreciação da causa.

Observe-se, por necessário, que o julgamento do mérito recurso ordinário-constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça em muitas ocasiões exige a apreciação de questão constitucional - que é abordada desde o momento em que se ajuíza o mandado de segurança ou o *habeas corpus* perante o tribunal inferior -, e por conseguinte, não há óbice para o manejo do recurso extraordinário.

3.9 Juízo de admissibilidade

A Lei nº 8.038/90, com as alterações introduzidas pela recente reforma implementada no Código de Processo Civil, prescreve o rito procedimental a ser observado pelo recorrente quando da interposição dos recursos excepcionais.

A triagem preliminar desta impugnações é conferida ao Presidente do Tribunal de origem, a quem compete efetuar juízo de valor provisório acerca da admissibilidade ou não do recurso manejado.

Por conseguinte, todas as questões anteriormente abordadas devem ser objeto de apreciação, quando cabíveis, no juízo de admissibilidade preliminar que se efetua no tribunal de origem.

Ao lado dos requisitos específicos outrora indicados, impõe-se valorar os genéricos (interesse de recorrer, tempestividade, legitimidade recursal, existência de ato extintivo do direito de recorrer, etc) de modo a que o recurso excepcional somente venha a ser submetido ao crivo do Tribunal Superior quando formal e materialmente aperfeiçoado.

Válido registrar que esta etapa procedimental é imprescindível ao prosseguimento da causa, pois, a lei incumbe ao tribunal inferior o juízo primeiro da admissibilidade de instauração da instância recursal excepcional, e, por conseguinte, a decisão a ser proferida deve indicar, com a precisão necessária, os fundamentos que permitem ou não o processamento da irresignação.

Não obstante subsista discussão em torno da possibilidade de o Presidente do Tribunal local aferir, isoladamente, a existência ou não de negativa de vigência de lei federal ou de contrariedade à Constituição causada pelo acórdão regional, é certo que os Tribunais Superiores admitem que isto ocorra, sem prejuízo de que a questão jurídica seja revista, em definitivo, na Corte destinatária do apelo.

Dessarte, tem-se como aceitável que *“a prolação do juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, pela Presidência do Tribunal inferior, não tem - ante à provisoriedade de que se reveste esse ato decisório - o efeito jurídico-processual de constranger o Supremo Tribunal Federal a conhecer do apelo extremo”* (Agravio Regimental em Recurso Extraordinário nº 167.787-3-

RR, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 30.6.95, p. 20.451).

Não obstante, é certo que a admissibilidade de recurso excepcional é absolutamente rígida, havendo a Suprema Corte, em julgado recente, afirmado que *«o único escopo possível do recurso extraordinário é desautorizar uma tese jurídica proferida pela instância de origem estimada errônea pelo Supremo Tribunal. Não se mostra razoável fazer subir o apelo extremo quando a jurisprudência da casa é, desenganadamente, contrária à tese sustentada na pretensão recursiva»* (Agravado de Instrumento nº 143.085-1-AM (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 16.6.95, p. 18.220).

Necessário dizer que a admissão do recurso raro com apoio em somente uma das alíneas indicadas pelo recorrente não inibe a Corte Superior a conhecer do recurso pelas outras oportunamente declinadas, pois, *“se o recurso especial, interposto por vários fundamentos, foi admitido somente por um, o STJ poderá conhecer qualquer dos outros. A decisão do Tribunal a quo, não admitindo parcialmente recurso especial, não vincula o Superior Tribunal de Justiça. Admitido o recurso por algum de seus fundamentos, dispensa-se a parte, de interpor agravo de instrumento”* (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 58.724-7-RS, 1a. Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 28.8.95, p. 25.567).

Importante questão é a aferição controle da tempestividade do recurso excepcional, pois, a regra geral é que a parte interessada disponha de quinze dias para formalizá-lo, quer o objeto do recurso volte-se para a tutela de questões cíveis ou criminais.

Em face de a tempestividade recursal constitui matéria que não pode ser transacionada pelas partes, entende o Supremo Tribunal Federal que *“o controle da tempestividade do recurso extraordinário - precisamente por constituir pressuposto recurso de ordem pública - revela-se matéria suscetível, até mesmo de conhecimento ex officio pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente, em consequência, de qualquer formal provocação dos sujeitos da relação processual”* (Agravado Regimental no Recurso Extraordinário nº 167.787-3-RR, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 30.6.95, p. 20.451).

No entanto, cumpre observar que, no âmbito cível, é plenamente aplicável aos recursos excepcionais o contido no art. 188, Código de Processo Civil, e, assim, a Fazenda Pública, as autarquias e o Ministério Público dispõem de prazo recursal em dobro, ao lado da Defensoria Pública organizada nos Estados, consoante previsto no art. 5º, par. 5º, da Lei nº 1.060/50.

Nos recursos criminais o Ministério Público não é destinatário da prerrogativa de prazo em dobro, exceção feita à Defensoria Pública face ao

prescrito no dispositivo legal anteriormente mencionado.

Acentue-se que durante o período de férias coletivas dos tribunais superiores ficará suspenso o prazo para a interposição de recurso especial ou extraordinário (STJ: RSTJ 42:263; RT 674:218 - STF: RTJ 121:182 e 140:249).

3.10 Recurso excepcional. Efeito suspensivo

A interposição do recurso excepcional não elide que a decisão proferida pelo tribunal estadual ou federal venha ser provisoriamente executada, de vez que a lei não confere efeito suspensivo a esta modalidade recursal (CPC, art. 542, par. 2º; Lei nº 8.038/90, art. 27, par. 2º; CPP, art. 637).

Em decorrência desta imposição legal, tem-se que o recurso desta natureza somente é recebido no efeito devolutivo, não sendo cabível ao Presidente do Tribunal local a concessão de efeito suspensivo.

Por certo, a suspensão da eficácia da decisão recorrida somente é cabível por intermédio de medida cautelar inominada ajuizada junto ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, pois, eventual ato praticado pelo tribunal *a quo* que permita dar obstar os efeitos do julgado local caracterizará usurpação da competência dos tribunais superiores indicados e atrairá o uso da reclamação (Lei nº 8.038/90, art. 13).

A outorga indevida de efeito suspensivo pelo tribunal local, por ocasião do processamento do recurso excepcional, é típico *error in procedendo*, pois, *“o efeito suspensivo representa uma consequência meramente eventual da interposição do apelo extremo, sendo que a sua concessão, em sede adequada, por decisão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pressupõe, sempre, a ocorrência de circunstâncias excepcionais. Tendo em vista que o juízo de admissibilidade, exercido em instância inferior, resume-se à verificação dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do apelo extremo, não há dúvida de que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário não se insere nos limites jurídico-processuais da atuação jurisdicional da Presidência do Tribunal a quo”* (Reclamação nº 416-3-GO, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26.2.93, p. 2.355).

Apreciando a Petição nº 764-6-RJ, a 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal acentuou que *«como o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, esta Corte tem admitido, em situações limitadas e excepcionais, medida cautelar para lhe dar este efeito, nas hipóteses de proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, desde que ele já se encontre sob a sua jurisdição»* (Rel. Min. Paulo

Brossard, DJU de 22.10.93, p. 22.252).

Como se observa, é necessário que o apelo já se encontre admitido pelo tribunal de origem e que se encontre sob a jurisdição superior para que, somente então, a medida cautelar possa ser postulada, o que, de certa forma, torna mais rígida, ainda, a possibilidade de suspender a eficácia da decisão recorrida.

Nem mesmo é cabível a concessão de efeito suspensivo em relação a agravo de instrumento oposto contra a decisão denegatória, de vez que *“falta interesse de agir para propor medida cautelar inominada que visa a dar efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto contra despacho que inadmitiu os recursos, porquanto, ainda que concedido esse efeito suspensivo, permaneceria subsistente a eficácia do acórdão recorrido que indeferiu o registro, nada aproveitando aos peticionários essa concessão. A concessão de efeito suspensivo ao agravo que ataca decisão de não-admissão de recursos não permite, por via de consequência, que se tenham esses recursos como provisoriamente admitidos para que se lhes dê também efeito suspensivo”* (Agravo Regimental em Petição nº 929-1-DF, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 23.9.94, p. 25.325).

3.11 Juízo de admissibilidade negativo. Agravo de instrumento

A interceptação do recurso excepcional cria para a parte interessada a possibilidade de ingressar com o recurso de agravo de instrumento objetivando que os pressupostos de admissibilidade sejam revistos, em caráter definitivo, pelo tribunal a quem compete a análise do apelo.

Dáí, a necessidade de que se observe o conteúdo da decisão recorrida, posto que o recurso de agravo de instrumento deve, obrigatoriamente, impugnar as razões elencadas pelo tribunal de origem para a inadmissão do apelo extremo.

Em analogia com o agravo regimental ajuizado em face de agravo de instrumento oposto contra a denegação do recurso excepcional, é necessário que a parte se volte contra a argumentação apresentada para o não-seguimento do apelo, pois, *“sendo objeto mediato do agravo regimental a reforma da decisão atacada, as razões respectivas devem estar dirigidas de modo a infirmar os fundamentos nela contidos. A organicidade que norteia o direito, especialmente o instrumental, impede a eliminação de etapas”* (Agravo de Instrumento nº 158.725-4-MG (AgRg), 2a. Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 5.5.95, p. 11.909).

Aliás, é pacífico que o desprovimento do agravo de instrumento ocorrerá

quando o agravante não «...*procura infirmar a fundamentação do despacho denegatório, limitando-se a renovar as razões do recurso extraordinário*» (Agravado de Instrumento nº 154.297-8-GO (AgRg), 1a. Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 19.5.95, p.14.001).

Outro detalhe importante reside na correta instrumentalização do instrumento recursal, de vez que a ausência de peça documental imprescindível à aferição da tempestividade, da representação processual e da compreensão da controvérsia de direito federal ou de direito constitucional afetará o conhecimento da impugnação face ao conteúdo da Súmula 288, STF.

São sucessivos os pronunciamentos da Suprema Corte quanto à imprescindibilidade da correta apresentação do agravo de instrumento, constituindo ônus processual da parte interessada o acompanhamento da instrumentalização do citado recurso.

No julgamento do Agravo em Agravo de Instrumento nº 171.114-1-PR, ratificou-se decisões outras no sentido de que *“o agravo de instrumento deve vir suficientemente instruído com os elementos necessários à sua apreciação, para que se possam verificar os pressupostos inerentes ao cabimento do recurso extraordinário, dentre os quais o relativo à tempestividade. (...) A orientação constante da Súmula 288 vem sendo seguida, na Corte, de maneira iterativa. Em todas as decisões tem sido enfatizado que a parte agravante deve necessariamente indicar a peça a ser trasladada e também fiscalizar a formação do instrumento, por cuja deficiência responde, não se permitindo a sua complementação quando os autos já se encontram nesta instância”* (1a. Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 1.12.95, p. 41.697; idem, Agravo de Instrumento (AgRg) nº 161.826-5-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 6.10.95, p. 33.136).

Valoriza-se, portanto, a formalização do recurso, valendo registrar a absoluta necessidade de que os autos contemplem não somente a certidão de publicação do acórdão recorrido, que permitirá averiguar a oportuna interposição do apelo excepcional, mas também da decisão que o denegou.

Aliás, é notório que o juízo bipartido de admissibilidade não afeta a competência do tribunal superior em dirimir, de forma definitiva, eventual divergência quanto à observância do procedimento processualmente afeto ao recurso de agravo de instrumento.

Sim, porque *“o agravo de instrumento, na hipótese de recusa de processamento do recurso extraordinário, possui conteúdo temático próprio e específico, justificando o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do seu incontestável poder de verificação de todos os pressupostos inerentes ao apelo extremo, dentre os quais avulta, por sua extrema relevância, aquele concernente*

ao requisito da tempestividade, ainda que não invocado por qualquer dos sujeitos da relação processual” (Agravado em Agravo de Instrumento nº 164.084-8-PB, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.10.95, p. 35.269).

Nota-se, pois, que o juízo de admissibilidade concentra-se junto ao tribunal destinatário do recurso excepcional, não havendo falar em «...preclusão da faculdade processual que assiste ao Supremo Tribunal Federal de reapreciar, em toda a sua extensão, a ocorrência, ou não, dos pressupostos legitimadores da interposição do recurso extraordinário» (Agravado em Agravo de Instrumento nº 164.084-8-PB, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 20.10.95, p. 35.269).

Por fim, cumpre abordar o prazo relativo ao manejo do recurso de agravo de instrumento, pois, de início, em face do conteúdo da Lei nº 8.038/90, quer se tratando de recurso excepcional cível ou criminal, a irrisignação podia ser formalizada em 5 dias (art. 28).

No entanto, o legislador processual civil, em razão dos termos da Lei nº 8.950/94, introduziu no âmbito dos recursos cíveis, as regras procedimentais anteriormente prescritas pela Lei nº 8.038/90, com pequenas alterações.

Certo que, agora, no recurso excepcional de cunho cível, o prazo para a interposição do agravo de instrumento remanesce em 10 (dez) dias (CPC, art. 544).

Mas, subsiste dúvida expressiva quanto à aplicabilidade, por analogia, deste rito procedimental ao apelo raro de cunho criminal, pois, em princípio, a citado Lei nº 8.038/90 prescreve prazo menor.

A questão em referência, crê-se, deva ser resolvida pela regra da especialidade, pois, a Lei nº 8.038/90 somente restou sem valor jurídico para o recurso excepcional de natureza cível em decorrência de o Código de Processo Civil ter efetuado expressiva abordagem sobre o tema.

Assim, impõe-se reconhecer como válido posicionamento no sentido de que o recurso extraordinário ou especial de natureza criminal continua sendo regido pela sistemática traçada pela Lei nº 8.038/90, permitida, não havendo incompatibilidade, a aplicação analógica do Código de Processo Civil.

Apreciando a questão, a 6a. Turma do Superior Tribunal de Justiça formalizou o entendimento de que “é de 5 (cinco) dias o prazo para interposição de agravo de instrumento contra decisão que inadmitte recurso especial interposto contra acórdão proferido em feito criminal” (Agravado de Instrumento (AgRg) nº 80.339-RS, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 1.4.96, p. 9.958).

Em manifestação isolada, o Min. Édson Vidigal compartilhou do mesmo entendimento ao denegar o Agravo de Instrumento nº 76.037-SP, averbando que «o prazo para interposição de agravo em matéria penal continua sendo o

de cinco dias estabelecido na Lei 8.038/90. A modificação operada pela Lei 8.950/94 - e que fixa prazo de dez dias para interposição desse recurso - se deu no Código de Processo Civil e aplica-se tão-somente aos feitos civis; não pode ser estendida aos feitos criminais, por falta de autorização expressa do legislador» (DJU de 21.3.96, p. 8.113).

Há, no entanto, julgado da 5a. Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em relação aos feitos criminais sugere disciplina distinta, vez que *“com advento da lei nº 8.950/94, que modificou o Código de Processo Civil, a matéria relativa aos recursos especiais passou a ser regulada pela nova legislação. Não somente o recurso especial em matéria civil foi modificado, como também o recurso penal sofreu alterações, tendo em vista o caráter unitário conferido pela Constituição Federal ao recurso especial. O prazo do agravo de instrumento passou a ser de dez dias, devendo o mesmo ser instruído com as peças constantes do parágrafo 1º do art. 544 do Código de Processo Civil”* (Agravamento Regimental no Agravo de Instrumento nº 78.951-DF, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 26.2.96, p. 4.066).

Importante acentuar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça editaram as Resoluções nº 140, de 1.2.96 (DJU de 5.2.96, p. 1.269) e nº 1, de 31.1.96 (DJU de 2.2.96, p. 949), respectivamente, através das quais são traçadas regras orientadoras acerca do processamento do agravo de instrumento.

4 Conclusão

Observa-se, finalmente, que o presente articulado tem por intuito oferecer subsídios jurisprudenciais necessários a acautelar a atuação daqueles que, com constância ou não, voltam-se para a busca da tutela jurisdicional definitiva junto aos Tribunais Superiores.

Objetivou-se, pois, trazer o que há de essencial no tocante aos recursos excepcionais, de maneira que o manejo da irresignação ocorra em condições hábeis a permitir a apreensão da questão jurídica federal ou constitucional junto aos órgãos jurisdicionais eleitos pela Constituição Federal para pacificar a interpretação dos textos legais pertinentes, evitando-se, assim, o cometimento de equívocos que inviabilizem a apreciação dos apelos.