**CONSIDERAÇÕES LEGAIS E DOCTRINÁRIAS SOBRE O RECURSO
ESPECIAL: ANÁLISE TÉCNICA JURÍDICA**

**LEGAL AND DOCTRINAL CONSIDERATIONS ABOUT THE
SPECIAL FEATURE: LEGAL TECHNICAL ANALYSIS**

Flávio Penteado Aguirre¹
Gabriel Henrique Garieri²

RESUMO

O presente busca elucidar acerca do Recurso Especial como instrumento de provocação do judiciário por intermédio do Superior Tribunal de Justiça a manifestar-se acerca da legalidade de aplicação da Lei Federal pelos demais tribunais de segundo grau, trazendo a tona, sua origem histórica, às motivações que levaram a introdução do referido instrumento ao ordenamento pátrio e primordialmente realizar a esmerada análise que é necessária na contemporaneidade, em que o judiciário encontrou novo obstáculo legislativo (CPC/2015) para superar-se e continuar a prosseguir com seu exercício de jurisdição. Além de trazer as especificidades do Recurso Especial, faz-se cotejo analítico quanto ao antigo entendimento quanto ao princípio da presunção de inocência quando da execução de sentença condenatória em pendência de julgamento em sede Especial ou Extraordinária.

Palavras chave: Recurso Especial. Histórico. Análise Técnica.

ABSTRACT

This article seeks to elucidate about the Special Feature as a provocation tool of the judiciary through the Superior Court of Justice(STJ) to express itself on the application of legality of the Federal Law by other high school courts , bringing to light , its historical origin , motivations that led to the introduction of this instrument to parental planning and primarily

¹Universidade de Ribeirão Preto.

²Universidade de Ribeirão Preto.

perform the careful analysis required in contemporary times, in which the judiciary found new legislative obstacle (CPC / 2015) to overcome and continue to pursue its exercise of jurisdiction . Besides bringing the specifics of the Special Feature, it is analytical collation as the old understanding on the principle of presumption of innocence when the sentence of execution in pending trial in Special or Extraordinary Court (STF).

Keywords: Special Feature. History. Technical analysis.

1. INTRODUÇÃO

O Recurso Especial é instrumento cabível a enfrentar ilegalidades na aplicação da Lei Federal, isto é, como função basilar, o STJ através da provocação pelo recurso retro citado, atua como guardião da Lei Federal ao passo que o Supremo Tribunal de Justiça compete em guarnecer a Constituição Federal, ou seja, a lei maior.

Cabe ressaltar que na análise a seguir, apresenta-se o histórico do Recurso Especial que já teve sua parcial eficácia inserida na competência do STF que teve essa, delegada para o STJ, que utiliza de sua tripla via de acesso (alíneas) para possibilitar a reanálise da aplicação legal realizada pela decisão recorrida.

2. BREVE HISTÓRICO

A partir do “Writ” constitucional do direito norte americano denominado “The Writ of Error”, que se iniciou a ideia de “corte suprema” no direito bandeirante.

O instituto previa que sob a égide da Corte, podiam-se rever atos do tribunal e consequentemente visava controlar a aplicação da lei e dos precedentes, vinculando-os em suas decisões de crivo.

O entendimento para criação do referido “writ” foi da possibilidade de erros do judiciário em sede de segundo grau de jurisdição.

No ordenamento pátrio, embora já houvesse falar em regime semelhante, apenas no ano de 1894 que fora introduzido o Recurso Extraordinário, assim denominado. Tinha como escopo trazer a possibilidade de “reanálise extraordinária” de julgados de segundo grau.

Referida informação histórica, serve como base para oinício do presente estudo quanto ao Recurso Especial, ora objeto de exaustiva sapiência jurídica.

Posto isso, é o Recurso Extraordinário o embrião do Recurso Especial, e para tanto, o Supremo Tribunal Federal, teve de delegar parte de sua competência para outro tribunal a fim de efetivar esta “revolução” interna quanto à competência do STF.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha integrado o ordenamento apenas após a constituição cidadã, o magistral doutrinador José Afonso da Silva já defendia em meados de 1963, a criação de um novo tribunal superior que ele denominou de Tribunal Superior de Justiça (TSJ). *In verbis*:

[...] esse é o defeito que precisa ser eliminado com a criação de, pelo menos, um Tribunal Superior, cuja função será a de exercer as atribuições de órgão de cúpula e de composição das estruturas judiciárias defeituosas, há pouco mencionadas (...). Tal órgão, que denominaríamos de Tribunal Superior de Justiça por uma questão de uniformidade terminológica, relativamente aos já existentes, teria como competência fundamental, entre outras, julgar, em grau de recurso, as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais ou juízes estaduais, dos feitos da fazenda nacional ou militares: a) quando a decisão recorrida fôsse contrária à letra de tratado ou lei federal; b) quando se contestasse a validade de lei ou ato de govêrno local em face de lei federal, e a decisão recorrida aplicasse a lei ou ato impugnado; c) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada fôsse (sic) diversa da que lhe haja dado qualquer tribunal estadual, ou tribunal militar ou o Tribunal Federal de Recursos, ou divergisse de decisão por ele próprio proferida.”³

3. ASPECTOS CONCEITUAIS RELEVANTES.

Embora o legislador constituinte não tenha aceitado a tese de que Supremo Tribunal Federal deveria ser transformado em Corte Constitucional, reservou o recurso extraordinário, de sua competência, apenas para questões constitucionais.

³SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

Por outro lado, ao ser criado o Superior Tribunal de Justiça foi instituído o chamado **RECURSO ESPECIAL**, para ser o instrumento cabível a provocar o judiciário acerca de questões infraconstitucionais (leia-se lei federal), antes no âmbito do recurso extraordinário.

Assim, de acordo com a nova ordem jurídica, enquanto o recurso extraordinário tem por finalidade levar ao STF questões de índole constitucional (art. 102, III, a, b, e c da CF), pouco importando o tribunal que proferiu a decisão, o recurso especial é dirigido ao STJ e tem por objeto questão que versa sobre legislação federal (art. 105, III, a, b e c, da CF) decidida pelos tribunais estaduais, distrito federal e territórios, e tribunais regionais, excluídas, pois, as decisões dos tribunais de justiça especializada (Eleitoral militar e do trabalho).

Dispõe também a Súmula 203 do STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos juizados especiais. Isto é, em análise jurídica doutrinária, o colégio recursal assim como os juizados especiais não detém prerrogativa para o julgamento da arguição em Recurso Especial.

Posto isso, o caso do Colégio Recursal, que profere a decisão “fim” no Juizado Especial, pois não é tribunal.

O Recurso Especial é, pois, um meio de reexame de natureza extraordinária com que se coaduna ao princípio do duplo grau de jurisdição, tendo por matéria o *jus in thesi* referente à matéria infraconstitucional.

O novel tribunal vem aplicando nas suas decisões as súmulas do STF, sem embargo de editar outras.

É dessa corte a lúcida decisão: “O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do País, que visaa celeridade dos procedimentos do judiciário.

A interposição de recurso especial, tal como o recurso extraordinário, não tem efeito suspensivo, não impedindo a execução da pena. Entendimento jurisprudencial do STF

em 2016 em que em via diversa ao entendimento até então vigente, a execução da sentença condenatória, que foi mantida em sede recursal não fere o direito à presunção de inocência.

4. ADMISSIBILIDADE

A admissibilidade do recurso especial subordina-se ao entendimento dos pressupostos genéricos, subjetivos e objetivos, estabelecidos pela lei processual vigente, e a pressupostos específicos de origem constitucional, a serem examinados no juízo de origem e no juízo ad quem (STJ).

Como já se disse, muito apropriadamente, como ideia basilar, está a de que o recurso especial é um recurso de caráter extraordinário, e, assim, lhe são aplicáveis, via de regra, as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza, finalidade e admissibilidade do recurso extraordinário salvo quando da repercussão geral.

Assim, o Especial como o recurso extraordinário, tem como pressuposto; decisão de única ou última instância, mas apenas as proferidas pelos tribunais regionais federais e pelos tribunais dos Estados, do distrito federal e territórios (art.105, III, da CF). Segundo a Súmula nº 86 do STJ, ‘’ cabe recurso especial contra acórdão proferido em única instância. – AÇÃO ORIGINÁRIA – competência do tribunal para instruir a fase de conhecimento.

Não há dúvida, também, de que se exige como requisito do recurso especial, o prequestionamento, de acordo com as Súmulas 282 e 356 do STF. Por isso, não se presta recurso especial à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância ordinária.

Quanto ao prequestionamento, diz, ainda a Súmula 98 do STJ: ‘’Embargos de declaração manifestado com notório propósito de prequestionamento não em caráter protelatório. Aplica-se também ao processo penal a Súmula 211: ‘’Se não examinada matéria que o deveria ter sido, a despeito de apresentados embargos declaratórios, poderá ter ocorrido contrariedade de lei processual, mas será inadmissível o recurso especial quanto à questão não versada pelo tribunal a quo.

No tocante ao prequestionamento, se faz necessária a sua perfeita interpretação, pois não basta somente pedir a análise da arguida afronta legislativa federal ao julgador do Tribunal Superior. É preciso que a matéria de direito seja analisada de fato pelo julgadora *quo*, pois somente com isso é que pode falar em interpretação diversa ou omissão quanto às diretrizes retratadas no dispositivo legal.

A luz do CPC/15, outro ponto de extrema importância é acerca da repercussão geral, ou seja, deve o assunto discutido ter importante relevância no tocante à matéria questionada, para que com isso se tenha um melhor aproveitamento nas análises do tribunal, pois somente ao se referir à matéria de importante relevância é que deve ser instruído, acatado e julgado o recurso especial. Pois o Recurso Especial tem seu liame político que prevalece em face do pleito individual do Recorrente. Trataremos adiante neste estudo quanto ao caráter político do Recurso escopo.

5. DO CABIMENTO

Ao falar em recurso especial devemos atentar-nos as nuances que podem remeter à uma análise fática pelo tribunal, pois não será analisado o mérito da demanda principal, leia-se a pretensão da exordial. O que se busca com o recurso especial é que norteie o julgador quanto à interpretação e aplicação da norma federal por outro julgador de competência subordinada, para que com isso, possa-se garantir a segurança jurídica, e, por conseguinte o equilíbrio processual. Garantia da mais translúcida justiça.

Deve-se atentar ao fato de que o tribunal não irá analisar a pretensão da demanda, nesse sentido, o que se busca é a correta interpretação e aplicação da norma federal, para que as demais instâncias tenham limites e diretrizes diante de normas federais positivadas.

Em complemento, a interposição do Recurso Especial deve ater-se estritamente às teses de direito, pois nesta fase há entendimento jurisprudencial consolidado do Supremo de que a análise de fatos e provas fica vedada nessa fase do processo. Isto é, o Superior Tribunal

não irá analisar o teor fático da pretensão, mas sim, a suscitada afronta da legislação federal aplicada equivocadamente pelo julgador que proferiu a decisão.

Para que cada indivíduo que venha a provocar aplicação da norma pelo judiciário, saiba em qual dispositivo de fato o caso será ser observado, sob quais circunstâncias. Materializando-sea segurança jurídica buscada.

Será recebido o recurso que, dentre outros pressupostos, venha a ser questionado diante do juiz inferior, devendo essa análise ser exaustiva pela instancia inferior, pois, na fase de julgamento, uma das mais importantes, em nenhuma hipótese será examinada matéria a qual não foi devidamente ventilada em instância inferior.

Quando falamos em Recurso Especial, remetemo-nos a análise e interpretação de norma infraconstitucional, que de fato, pode sofrer interpretação diversa, porem, o que se questiona nesse sentido é se o julgador deixar de observar norma que tenha interpretação já pacificada e, nesse sentido, já houve garantia ao direito a quem de fato o detenha.

Ao contrariar lei federal ou havendo negativa de vigência a essa, ou ainda, ocorrendo interpretação diversa entre tribunais de mesa instancia, é que estaremos diante das hipóteses de interposição do referido recurso.

Pois lei federal deve sempre ser observada pelo magistrado, quando não contrariar norma constitucional claro, pois essa deve estar acima das demais normas e, sendo o norte para a interpretação da legislação infraconstitucional, é, portanto imprescindível que seja de fato cautelosamente observada.

A título de aprofundamento doutrinário, o famoso jurista Marinoni diz em sua doutrina que as hipóteses de cabimento do Resp poderiam ser reduzidas à alínea 'a'. Porém o legislador teve maior cautela, desmembrando em três, as hipóteses de “ilegalidades” possíveis a serem arguidas para o Superior Tribunal de Justiça.

6. RECURSO ESPECIAL E O NOVO CPC.

Estão previstas algumas alterações no recurso excepcional de competência do Superior Tribunal de Justiça de acordo com o novo Código de Processo Civil, dentre elas, no que concerne aos pressupostos subjetivos, objetivos e específicos, além das hipóteses de cabimento.

6.1 DOS PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS

A legitimidade e o interesse são tidos como pressupostos subjetivos do recurso especial. O novo código de processo civil não trouxe modificações em relação a este tema tão pouco se inclinou a versar sobre este princípio/fundamento/pressuposto processual/recursal.

É notório, que as principais mudanças observadas, foram a respeito da tentativa de reduzir as hipóteses do não conhecimento dos recursos especiais em razão de vício formal. Elastecendo, deste modo, a probabilidade de apreciação do mérito daqueles.

Outra alteração constante no novel código, diz respeito à possibilidade de conversão do recurso especial em extraordinário, quando o juízo ad quem entender que a peça interposta compete ao STF (Em consonância ao princípio da fungibilidade e acesso ao judiciário).

6.2 PRESSUPOSTOS OBJETIVOS

Acerca deste tema, o código prevê como pressupostos: o cabimento e a adequação; a tempestividade; a regularidade procedimental, que engloba o preparo; motivação, o pedido de nova decisão e o contraditório, além de que inexistam fatos impeditivos, modificativos, ou condição extintiva ao direito do postulante.

7. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS

O procedimento para o julgamento dos recursos repetitivos no Âmbito do STJ ocorre nos termos do estatuto processual civil em vigor, e nos termos da doutrina, prestou-se em denominar, julgamento ‘por amostragem’.

O modelo vigente foi inserido recentemente por meio da Lei nº 11.672/2008, como forma de desafogar o Sumo Pretório, ao acrescentar no Código de Ritos o art. 543-C, que prescreve, dentre outras providências, que cabe ao presidente do Tribunal a quo, nas hipóteses em que se verifique multiplicidade de recursos que tenham por fundamento **idêntica questão de direito**, admitir uma ou mais peças irresignatórias capazes de representar a controvérsia e encaminhá-la(s) ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos até o pronunciamento definitivo do Juízo ad quem.

O julgamento por amostragem também foi instituído com o propósito de conferir uma maior tempestividade na entrega da prestação jurisdicional, bem como, de conferir um julgamento mais harmônico, mais uniforme em situações cuja matéria de direito é idêntica.

Não obstante, o Código de Processo Civil traz ferramentas que buscam aperfeiçoar ainda mais o instituto.

Dentre as inovações estaria a do exame de admissibilidade dos recursos representativos da controvérsia, que passariam a ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça independentemente de análise prévia, focando, dessa forma, apenas a tese jurídica a ser enfrentada pela Corte de Justiça Superior.

Destarte, uma vez enfrentada a questão e firmada a tese jurídica com o julgamento dos recursos paradigmáticos, aos Juízos a quo fica oportunizada a possibilidade de retratação da decisão recorrida, sem a necessidade de examinar qualquer aspecto do Especial interposto e até então suspenso.

Porém, a mudança na competência para o recebimento da interposição dos Recursos aos tribunais superiores, causou no meio jurídico, polêmica quanto à inovação apresentada na última versão do referido novel instrumento.

Portanto, esta fora revogada, constando hoje como se não houvesse alteração na prelibação dos recursos aos tribunais superiores. Prevalendo a interposição e o primeiro juízo de prelibação sendo realizado pela corte *a quo*.

Nesse lance, merece ser ressaltado que, prevalecendo as inovações citadas, apenas os processos com teses jurídicas idênticas é que devem ficar suspensos. A fim de respeitar o incidente quando suscitado no Tribunal.

Assim, caso haja o represamento de recurso que, a tese não se identifique com a matéria repetitiva, caberá à parte requerer a reconsideração da decisão que o sobrestou e, na hipótese de mantido o sobrestamento, valer-se das medidas de urgência, como o Agravo junto ao Tribunal Superior.

Entrementes, uma das mudanças que tem gerado bastante discussão repousa na suspensão também dos processos que tramitam em primeiro grau de jurisdição e que contemplam questão jurídica idêntica à ventilada no recurso especial paradigmático.

Contudo a suspensão não pode ultrapassar o período de doze meses, salvo por decisão fundamentada do relator, evitando, com isso, que o processo fique estagnado por um lapso temporal demasiado.

Outra inovação trazida pelo novo CPC consiste na previsão de análise da tese jurídica paradigmática, mesmo na hipótese em que a parte cujo processo foi selecionado como representativo da controvérsia desiste do recurso, reforçando que o foco deve se concentrar na questão de direito TRANSINDIVIDUAL e não no mérito propriamente dito do recurso remetido à Corte Superior.

Isto é, em sede de Recurso Especial, não há análise da pretensão e sim, da arguida desconformidade na aplicação de normas federais do ordenamento jurídico.

8. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PREQUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL

Em relação a este tema de alta relevância, e que fora apenas salientado em sucintas oportunidades neste trabalho, trataremos agora, dos temas específicos acerca do prequestionamento.

Em sede conceitual, tratando-se de matéria de direito controvertida, é indispensável para interposição de recursos nos tribunais superiores, o Prequestionamento. Este nada mais é que um requisito essencial à interposição dos recursos Especial e Extraordinário.

Desta forma, encontramos diversas definições para o prequestionamento não havendo, segundo a sábia doutrina de Samuel Monteiro; “uniformidade sobre o conceito do que se deva entender por “prequestionamento””.

A definição mais objetiva é aquela atribuída a Nelson Nery Júnior: “diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito”

Em relação ao surgimento, O prequestionamento tem sua origem no direito norte americano, em especial, no “Judiciary Act” editado em 24 de setembro de 1789, onde foi exigido o requisito do prequestionamento prévio ao tribunal local que vai julgar o recurso contra a decisão de um juiz monocrático ou singular.

No Brasil, segundo Marques, o Decreto 848/1890 foi o primeiro diploma a prever o prequestionamento, sendo em seguida incorporado à Constituição de 1891 como requisito essencial à interposição de recurso perante o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934, repetiu a exigência, em seu artigo 76, qualificado como questionamento (Art. 76, 2, III, “a”), na seguinte hipótese: “quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal cuja aplicação se haja questionado”.

A Constituição de 1937, manteve a exigência do prequestionamento, e, por fim, a Constituição cidadã (1988), criou o Superior Tribunal de Justiça, e delegou a este Tribunal, a competência para julgamento das questões envolvendo aplicação de lei federal, (artigo 105), mantendo o Supremo Tribunal Federal, para julgamento das questões que envolvam normas constitucionais.

A Constituição de 1988 exige também, o prequestionamento, não expressamente, como nas anteriores, mas, sim, que a questão seja previamente decidida. (exigência do requisito presente de forma implícita no texto constitucional)

As finalidades básicas do prequestionamento são as seguintes:

- 1) Evitar a supressão da instancia, de tal modo que nenhum Juiz ou Tribunal deixe de analisar a questão, até o envio dos autos ao Tribunal Superior, conforme, aliás, orienta o STF, através da Sumula 281.
- 2) Manter a ordem constitucional, das instancias no sistema jurídico brasileiro, segundo a ordem de juízes e Tribunais.
- 3) Evitar a surpresa da parte contraria, na medida em que poderia desconhecer aquele, a matéria analisada em grau de Recurso Especial ou Extraordinário, na hipótese de ausência do prequestionamento.

Assim, as finalidades postas acima, revelam a necessidade de prequestionamento, durante a tramitação do processo, devendo seguir a ordem de Juízes e Tribunais, evitando-se que o elemento seja fiscalizado pela parte contraria, quando da interposição do excepcional recurso. Mas sim, o judiciário de forma progressiva e sistematizada deve conceder oportunidade a ambas as partes da lide, que possam ter o livre acesso e provocação da análise do magistrado quanto a questões federais no âmbito do Recurso Especial.

Em via diversa, com a citada sistematização de o judiciário visardar oportunidade às partes terem maior instrumentalidade ao instituto, amplia-se, portanto, oPrincipio do Acesso a Justiça.

9. CONCLUSÃO

Após o presente estudo sobre o Recurso Especial, é inevitável sabermos que sobre ele existem teses positivas e teses críticas negativas.

Quanto aos pontos positivos, resta evidente que nem todas as questões de direito, devem ser analisadas pelas Instancias Excepcionais, na medida em que haveria o desprestígio do Poder Judiciário para suas Instancias inferiores, e, além disto, os Ministros dos Tribunais Superiores encontram-se absolutamente distantes dos fatos, podendo formar, muitas vezes, juízo de valor de uma realidade não visualizada, estando, pois, qualquer questão, melhor julgada pelos Juízes de Instancias Inferiores, mas próximos da realidade dos fatos discutidos em juízo (Vide o princípio da identidade física do Juiz).

Como crítica negativa e contraposição, a possibilidade de sucesso de Recurso Especial e Extraordinário, transforma-se em uma utopia, pois, ante o rigor imposto para o conhecimento de tais recursos, inclusive, em face da exigência do prequestionamento e especificamente a repercussão geral no caso do Extraordinário, inviabilizaria em tese, um julgamento justo, pelos Ministros daqueles Tribunais. Isto é, o excesso do formalismo do judiciário que foi instituído para se preservar, pode acabar por ruir com o princípio do acesso a justiça.

Ademais, podemos afirmar com clareza, que o STJ possui grande viés político em sua essência como Tribunal, pois se fundamenta no interesse de o Estado garantir em seu território, a uniformidade, a autoridade e concretude das normas Federais.

Em suma, o STJ ao julgar Recurso Especial, aprecia a legalidade da decisão recorrida e não a pretensão (bem da vida) da parte.

REFERÊNCIAS

MIRABETE, Júlio Fabbrini. PROCESSO PENAL-16^o Ed. São Paulo, editora atlas S.A-2004.

DIDIER, F.J. & CUNHA, L.J.(2008). Curso de direito processual civil (5ª Ed- vol3) BA, SALVADOR-Podium..

GUEDES, Cinthia Regina. OS recursos cíveis no projeto do novo código de processo civil.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (coord.) revista de processo 207. São Paulo:RT,2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional 9ªed. São Paulo. Atlas. 2001.

MOREIRA, Fernando Mil Homens; NOVAIS, Fabricio Muraro. Reflexões sobre o cabimento de recurso extraordinário e o papel do recurso especial na ordem constitucional brasileira; premissas para uma discussão séria.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (coord.) Revista de processo 192-São Paulo, RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso Especial. 11ed. São Paulo. RT 2010.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 3ed v.4. Campinas, Editora Millenium, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal 25ed, Editora Saraiva. 1997.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva 1991.

SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.