

8.1. CONCEITO, ADEQUAÇÃO E PRAZO

Os recursos até aqui estudados objetivam assegurar e dar eficácia ao duplo grau de jurisdição. Por isso mesmo têm em mira a perfeita aplicação da justiça. Esses recursos pretendem fazer justiça às partes.

Em contraposição a esse sistema, a Constituição Federal estipulou os chamados recursos extraordinários *lato sensu*, que são aqueles que têm como objetivo precípuo a uniformização do Direito Federal, tentando fazê-lo respeitado em todos os juízos de nossa federação.

Logo, no âmbito desses recursos extraordinários *lato sensu*, os tribunais objetivam o interesse público, que reside nessa correta interpretação das normas federais e na uniformização de sua aplicação. Apenas como mera consequência dessa interpretação e uniformização, é que se aplica o direito ao caso concreto.

O recurso especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, insere-se aí.

Em obra de minha autoria, intitulada “Recurso Especial”, destaquei que: “[...] o papel do recurso especial é o de levar ao STJ temas relevantes de cunho jurídico e em torno de normas federais, cuja apreciação atingirá, apenas por consequência, as partes envolvidas no litígio”. (NOGUEIRA, 2011, p. 2).

Com efeito, trata-se de recurso que objetiva preservar a unidade e a autoridade do direito federal infraconstitucional, tendo em mira o interesse público que daí decorre.

O recurso especial é adequado contra acórdãos proferidos em única ou última instância, quando esses afrontarem lei federal. Em todas as hipóteses de cabimento, estabelecidas no art. 105, inc. III, CF, encontra-se a idéia de afronta, pelo acórdão recorrido, à lei federal.

Vale conferir o art. 105, inc. III, CF:

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
[...]*

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O recurso especial possui, conforme previsão do art. 1.003 § 5º do código, prazo de quinze dias a contar da intimação do acórdão recorrido.

8.2. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE – MATÉRIA JURÍDICA, PREQUESTIONAMENTO E ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NOVA FLEXIBILIZAÇÃO

8.2.1. Pressupostos específicos de admissibilidade

O recurso especial está atrelado ao interesse público, localizado na correta interpretação da lei federal e na unidade de sua aplicação. Em assim sendo, tal recurso, a par dos **pressupostos de admissibilidade** aqui já estudados, deve observar alguns outros, **específicos** a essa sua finalidade.

Esses pressupostos específicos de admissibilidade, embora estabelecidos por insistente jurisprudência, têm, a rigor, origem no próprio texto constitucional.

Os principais pressupostos específicos de admissibilidade são:

- a) **Matéria Jurídica.** O recurso especial não pode veicular matéria de índole fática, pois o seu objetivo é a autoridade e unidade da lei federal, e não dos fatos. O STJ já possui duas súmulas que revelam esse pressuposto de admissibilidade: súmula 05 (“a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”) e súmula 07 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).
- b) **Prequestionamento.** O recurso especial, tendo em vista a locução “causas decididas”, contida no art. 105, inc. III, CF, só pode veicular ofensa a dispositivo de lei federal, cujo preceito tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido. O STJ, a respeito do tema, editou a súmula 211 (“inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo””).
- c) **Esgotamento dos recursos ordinários.** Se o recurso especial é interposto contra decisão de “última instância” (art. 102, inc. III,

a, CF), só pode ser manejado quando esgotados todos os recursos ordinários. O STJ, a respeito, editou a súmula 207 (“*é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem*”), assim como vem aplicando a súmula 281 STF (“*é inadmissível recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*”).

8.2.2. Afastamento da jurisprudência defensiva – Atenuação no rigor dos pressupostos de admissibilidade

Durante longo tempo, o STJ, amparado num propósito de eliminar o excesso de recursos à Corte, mostrou-se fiel aplicador da apelidada jurisprudência defensiva. Tal critério, que se transformou num filtro ilegal, gerou inúmeras decisões de não conhecimento de recursos especiais, baseadas em fundamentos totalmente contrários à lei. A título de exemplo, tem-se que o STJ não conheceu de recursos porque a guia de preparo estaria preenchida a caneta²⁷ ou porque a justiça gratuita, expressamente já deferida, deveria ser reiterada na nova etapa recursal²⁸

²⁷ Confira-se, a guisa de exemplo, a seguinte decisão monocrática (DJ 17.11.2008): RECURSO ESPECIAL Nº 418.576 - SP (2002/0025516-1) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
DECISÃO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. EXIGÊNCIA DO ART. 41-B DA LEI 8.038/1990 E DAS RESOLUÇÕES 20/2004 E 12/2005 DO STJ.

1. O Porte de Remessa e Retorno deve ser recolhido no Banco do Brasil mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou do Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), constando-se o número do processo a que se refere. 2. Recurso Especial a que se nega seguimento (art. 557, caput, do CPC).

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Contra-razões apresentadas às fls. 614-617.

É o relatório.

Decido.

Observo que o Recurso Especial está irregular, pois o comprovante de recolhimento juntado aos autos não traz o número do processo a que se refere (fl. 608). Tal exigência é respaldada no art. 41-B da Lei 8.038/1990, prevista também na Resolução 20, de 25.11.2004, renovada na Resolução 12, de 07.06.2005, que foi alterada pelo Ato 141, de 07.07.2006, desta Corte, que determina: Art. 2º - Os valores constantes desta Tabela devem ser recolhidos no Banco do Brasil mediante preenchimento de Guia de Recolhimento da União (GRU), UG/Gestão 050001/00001, Código de Recolhimento “18827-1- Porte de remessa e retorno dos autos”, podendo ser acessada no endereço eletrônico www.stj.gov.br, contas públicas, guia de recolhimento da União e anotando-se o número do processo a que se refere, juntando-se com-

Os referidos abusos geraram diversas críticas doutrinárias, o que, como não poderia deixar de ser, foi avaliado e enfrentado agora quando da entrada em vigor do novo código processual.

Era necessário encontrar um norte a ser seguido, pelo qual o STJ continuaria reservado para a sua função nobre de uniformizador do direito federal infraconstitucional. Mas, ao mesmo tempo, impunha-se, exatamente por conta de tal mister, deixá-lo acessível para as teses sérias, que não deveriam ser ignoradas por conta de meros obstáculos ilegais e burocráticos. Mais ainda: o direito processual não poderia se sujeitar a pressupostos de admissibilidade criados por inconsequente jurisprudência, e que faziam do recurso especial um verdadeiro jogo de xadrez, sempre com ilegais regras novas e surpreendentes, todas prejudiciais à seriedade dos temas de fundo postos em debate.

Nesse passo, o princípio da primazia do mérito encontrou espaço no âmbito recursal, num primeiro ponto, no art. 932 NCPC. Dito

provante aos autos. Sem a indicação do número do processo, não se comprova que as custas foram recolhidas. Nesse sentido, os seguintes julgados: AGRADO INTERNO - RECURSO ESPECIAL - PORTE DE REMESSA E RETORNO - INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO RESPECTIVO - NECESSIDADE. - A GRU de recolhimento do porte de remessa e retorno deve estar preenchida com, no mínimo, o número do processo a que se refere (Lei 8.038/1990, Art. 41-B). Sem tal indicação, não se comprova que as custas do processo foram devidamente recolhidas. (Ag Rg no Resp 980.164, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 25.10.2007). PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - PREPARO IRREGULAR - RESOLUÇÕES 20/2004 E 12/2005 DO STJ. 1. Nos termos das Resoluções 20/2004 e 12/2005 do Superior Tribunal de Justiça, o número do processo deve constar obrigatoriamente no DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) ou na GRU (Guia de Recolhimento à União), sob pena de deserção. Precedentes. 2. Recurso especial não conhecido. (Resp 961.205/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 18.04.2008). **Ressalte-se que a indicação do número do processo na folha em que foi impressa a guia de pagamento eletrônico, feita à caneta pela própria recorrente (fl. 608), não supre a exigência, pois não impede a utilização do mesmo DARF para comprovar o recolhimento de custas em outros autos.**

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 23 de outubro de 2008. MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

²⁸ A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, “na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores” (EDcl no AgRg nos EAREsp 221.303/RS, Corte Especial, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 27/3/2014). (AgRg no AREsp 587874 / RS, rel. Min. Og Fernandes, DJe 09.12.2014).

dispositivo, de regra geral, acentuou que o relator só poderá considerar inadmissível determinado recurso, se, antes, oferecer oportunidade de correção do vício ou complementação da documentação. Dir-se-ia que, por conta da natureza *nobre* dos recursos ao STJ e STF, tal facilitador não se aplicaria. Mas o próprio legislador cuidou de espancar tal sofisma, ao afirmar, no § 3º do art. 1.029 NCPC, que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

É visível a carga de subjetividade contida na expressão “vício formal... que não o repute grave”. Parece-me que a compreensão do dispositivo em comento tem que ser a seguinte:

- A tempestividade, por questão de segurança jurídica, não pode ser superada e, por isso mesmo, o legislador só permitiu a correção de vício em “*recurso tempestivo*”.
- À luz da instrumentalidade das formas (art. 188 *in fine* NCPC), só será “grave” o vício e, portanto, inviável de ser corrigido, se a correção não for suficiente a alcançar o fim pretendido pela norma que trata do pressuposto de admissibilidade em discussão.

Assim é que, por exemplo, o equívoco do recorrente ao apontar como ofendido determinado dispositivo legal, de forma equivocada (erro material), pode ser ignorado e superado pelo STJ. Ou, se a divergência jurisprudencial não for comprovada pelo recorrente de forma analítica (art. 1.029 § 1º NCPC), poderá o STJ, em se tratando de confronto notório, relevar o rigor quanto à regularidade formal. Ainda, e até para superar aparente intempestividade, poderá o relator determinar que o recorrente, por força de diligência, apresente o comprovante de que determinada data foi feriado local (exigência do § 6º art. 1.003 NCPC).

Diferente disso, o STJ não poderá ignorar vício incontornável. É o que acontece, por exemplo, com a invocação de matéria fática. Ora, se o recurso se ampara numa premissa antecedente de cunho fático e que é controvertida, não há como o STJ examinar a matéria jurídica de fundo, por mais relevante que seja. A inviabilidade de a *instância especial* adentrar nos meandros fáticos inviabiliza a superação desse pressuposto de admissibilidade. De igual forma, pode-se dizer quanto ao pressuposto do esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, se o recorrente se esqueceu de, antes de interpor o *especial*, aviar outro

recurso ainda cabível, não será conhecido o insurgimento e não haverá como mitigar tal rigor.

8.2.3. Flexibilização do prequestionamento

O *novel* código trouxe específica **flexibilização**, no tangente ao pressuposto de admissibilidade do **prequestionamento**.

Na vigência do CPC/73, o prequestionamento implicava a necessidade de interposição dos embargos declaratórios, a fim de que o órgão julgador procedesse ao enfrentamento do tema jurídico que seria veiculado no recurso especial. A omissão do órgão julgador levava à compreensão da não implementação do prequestionamento e, consequentemente, o recurso especial desmerecia ser conhecido. A solução engendrada pela praxe forense e pela própria jurisprudência das Cortes Superiores foi no sentido de, subsistindo a omissão, o recorrente, em seu recurso especial, invocaria a nulidade do acórdão dos embargos declaratórios (ofensa ao art. 535 CPC/73). Uma vez detectada a omissão, o STJ anulava o acórdão dos *declaratórios*²⁹ e, aí sim, a instância de origem concretizava o exame da matéria e aperfeiçoava o prequestionamento. Só depois disso tudo, é que o interessado aviaria novo recurso especial, agora para exame do mérito propriamente dito.

É importante registrar que, contrariamente a tal rigor, havia alguma relativização jurisprudencial, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁰, onde também se exige o prequestionamento.

Pois bem, ao versar sobre os embargos declaratórios, o legislador cuidou, agora, de adotar postura mais pragmática: *Art 1.025 – “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”*.

²⁹ Dentre inúmeros precedentes do STJ, pode-se citar o seguinte: *Existindo na petição recursal alegação de ofensa ao art. 535 do CP/1973, a constatação de que o Tribunal de origem, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, não se pronunciou sobre pontos essenciais ao deslinde da controvérsia autoriza o retorno dos autos à instância ordinária para novo julgamento dos aclaratórios opostos* (AgRg no REsp 1564574 / SC, REL. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 08/03/2016).

³⁰ *O que, a teor da súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-lhe, desde logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.”* (RE 210.638-1, Min. Sepúlveda Pertence).

Daí decorre o seguinte:

- Se o tema jurídico não foi objeto de exame pelo órgão de origem, a parte deve, valendo-se daquilo que motiva os embargos declaratórios (apontamento da omissão), aviá-los, para tentar obter o aperfeiçoamento do prequestionamento;
- Caso a instância de origem, supra os vícios apontados e providencie o exame solicitado, haverá o efetivo prequestionamento e o recurso especial preencherá tal pressuposto específico de admissibilidade;
- Caso a instância de origem recuse a enfrentar o tema e, conseqüentemente, rejeite ou inadmita os embargos, ter-se-á o prequestionamento implícito, sendo este suficiente para a invocação da matéria no recurso especial;
- Caso o recorrente, mesmo diante da omissão da instância de origem, deixar de aviar os embargos declaratórios e aviar diretamente o recurso especial, este não será admitido por ausência do prequestionamento.

8.2.4. Fungibilidade entre recurso especial e recurso extraordinário

Outro ponto de **flexibilização** específica quanto ao recurso especial está na adoção da **fungibilidade entre ele e o recurso extraordinário**.

Com efeito, há diversos temas que guardam afinidade com normas constitucionais e infraconstitucionais, ao mesmo tempo. Assim é que, por exemplo, a coisa julgada tem origem constitucional, mas é repetida em dispositivos do código de processo civil, do código civil e da lei de introdução às normas do direito brasileiro. Para superar estas confusões e outras situações de equívoco mesmo do recorrente, é que o legislador, agora, trouxe o art. 1.032:

*Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.
Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.*

Como se verifica, atento à primazia do mérito também no âmbito recursal, o legislador permite que o STJ, verificando a natureza constitucional do tema, aplique a fungibilidade. Vale dizer, nos termos do dispositivo

acima transcrito, será oportunizado ao recorrente adaptar o recurso ao formato do recurso extraordinário. Em seguida ao cumprimento da diligência, será o feito encaminhado ao Supremo Tribunal Federal. Descumprida a diligência, por óbvio, o recurso especial não será admitido.

De igual forma ocorrerá, se o Supremo Tribunal Federal entender que em determinado recurso extraordinário, na verdade, a matéria é sim infraconstitucional e, portanto, da competência do Superior Tribunal de Justiça. Assim é que, na dicção do art. 1.033 NCPC, “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

8.3. REGULARIDADE FORMAL

O recurso especial deve observar, quanto à sua regularidade formal, o que está previsto no art. 1.029 e seus § 1º a 3º do código:

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

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

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

§ 1º *Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.*

§ 2º *Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.*

É importante esclarecer com mais passar, no tocante ao recurso especial em que houver apontamento à divergência jurisprudencial (art.

102, *inc.* III, “c”, CF), a necessária demonstração analítica do dissenso. Vale dizer que o recorrente deve demonstrar onde se encontram as similitudes fáticas entre o acórdão recorrido e aquele apontado como paradigma, assim como evidenciar o distanciamento dos julgados, quanto ao trato jurídico daquela matéria fática. A inobservância a tal exigência legal (§ 1º do art. 1.029) conduz à inadmissão do recurso especial, por desrespeito à regularidade formal.

8.4. EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL

8.4.1. Efeitos

O recurso especial só possui o **efeito devolutivo**, sendo que sua interposição não impede o cumprimento da decisão recorrida, ainda que na forma de execução provisória (art. 995 *caput* NCPC).

Destaque-se, pela natureza dessa via recursal, que o recurso especial possui efeito devolutivo *vinculado*. Sim, a matéria devolvida ao tribunal, a rigor, é apenas aquela ao redor do direito federal infraconstitucional que se quer fazer prevalecer, até mesmo porque, como cediço, as questões fáticas não lhe são submetidas (súmulas 05 e 07 STJ).

8.4.2. Efeito translativo

A jurisprudência do STJ sempre obstou a aplicação do **efeito translativo** no recurso especial (conferir item 2.7.1., a propósito do efeito translativo). Sim, ainda que de ordem pública, determinado tema jurídico não seria conhecido de ofício pelo STJ, sendo indispensável, ao ver da jurisprudência da Corte, o exame prévio pela instância de origem³¹.

A meu ver, houve modificação em tal critério limitativo. A conclusão é extraída de comparação entre dispositivos do CPC/73 e do NCPC.

Art. 267 § 3º CPC/73 - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, **enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI**; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

³¹ Dentre inúmeros precedentes, pode-se citar o seguinte: *É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo as matérias de ordem pública devem observar o requisito do prequestionamento viabilizador da instância especial.* (REsp 1366921 / PR, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 13/03/2015).

Art. 485 § 3º NCPC - O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV,V,VI e IX, **em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.**

Realmente, o Código de 1973, ao versar, casuisticamente, sobre as hipóteses de extinção do processo sem exame de mérito, de ofício pelo órgão julgador, asseverou ser tal proceder viável até “*proferida a sentença de mérito*”. Tal expressão sempre foi entendida como sentença ou acórdão de mérito, mesmo porque este último substitui a primeira (art. 512 CPC/73 e art. 1.008 NCPC).

Acontece que o novo legislador, em vez de apenas generalizar com a expressão *decisão ou acórdão de mérito*, atendendo, assim, à correção pugnada pela doutrina, foi um pouco além. De fato, o legislador, agora, preferiu dizer que esse conhecimento de ofício pode se dar “*enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*”. Ora, à minguada de restrição específica nas disposições sobre os recursos extraordinários *lato sensu*, deve-se extrair daí o propósito de permitir, também na via desses recursos, o conhecimento *ex officio* de matérias não decididas pela instância de origem e até não veiculadas pelos insurgimentos (efeito translativo).

Cabe o acréscimo de que o legislador, em coesão com o raciocínio até aqui desenvolvido, estabeleceu no parágrafo único do art. 1.034 NCPC, que, “*admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado*”.

Em assim sendo, pode-se imaginar certa situação em que o STJ, por exemplo, estaria por acolher ofensa à determinada norma de direito federal infraconstitucional, com base no entendimento que se aplica, num caso de indenização, a responsabilidade civil objetiva (sem necessidade da prova da culpa ou dolo). Porém, se o mesmo STJ verificar que, embora não examinada e até arguida a matéria até então, há o fenômeno da prescrição (matéria conhecível de ofício), deverá sim decretá-la, de ofício, e extinguir o processo por incidência de tal prejudicial de mérito. De igual forma, na linha de entendimento minoritário até então no STJ³², poderá aquele Pretório, agora confortado

³² Vale conferir dois precedentes do STJ: *É possível, porém, conhecer de questões de ordem pública não prequestionadas, se o recurso especial ensejar conhecimento por outros fundamentos, ante o efeito translativo dos recursos, que, mesmo de forma temperada, tem*

pela nova dicção legal, acolher a expressa invocação de prescrição (ou outra matéria de ordem pública), mesmo sem prévio exame sobre o tema no tribunal de origem.

É importante destacar que, mesmo sendo viável o conhecimento de ofício, deverá o STJ ouvir a parte contrária, considerando o efetivo contraditório (arts. 9, 10 e 933 NCPC).

8.4.3. Obtenção excepcional de efeito suspensivo

Poderá aquele que interpôs recurso especial pretender, **excepcionalmente**, obter **efeito suspensivo** ao seu recurso.

Os requisitos são aqueles do par. único do art. 995 NCPC: risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e probabilidade de provimento do recurso.

O art. 1.029 § 5º do novo código assim estabelece, já na redação da Lei 13.256/2016, com relação à competência:

O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II – ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

Anote-se que, ante a extinção do processo cautelar pelo novo código, não poderá prevalecer a jurisprudência no sentido de que esse seria o meio para a obtenção do efeito suspensivo no STJ³³. Agora, até

aplicação na instância especial. (REsp 701185 / RS, rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 03/10/2005).

O fato de a questão da legitimidade passiva não ter sido alvo de prequestionamento não impede que esta Corte Superior trate do ponto. É que os recursos extraordinários (em sentido lato) também possuem o efeito translativo, ainda que de abrangência mais limitada, tendo em conta a necessidade de que o inconformismo seja conhecido ao menos por algum outro fundamento que não o que deixou de ser prequestionado. (AgRg no REsp 900449 / RJ, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 23/06/2009).

³³ Dentre diversos precedentes, anote-se o seguinte: *Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos*

mesmo pela generalidade do § 5º do art. 1.029 NCPC, o requerimento poderá ser feito por mera petição, devidamente instruída (se os autos ainda não estiverem no tribunal), ou petição encaminhada aos próprios autos, incidentalmente.

8.4.4. Obtenção excepcional da antecipação da tutela recursal

Também na seara do recurso especial, tal como já defendido no item 2.7.5, é possível, em tese, a obtenção da própria antecipação da tutela recursal, provisoriamente por decisão do relator no STJ.

Com efeito, a gravidade do dano apontado aliada à *quase certeza* que, ao final, será provido o recurso especial, justificariam a concessão da medida. O relator, em casos tais, pode não estar autorizado ainda por uma das hipóteses do art. 932 *inc. V* do NCPC a dar provimento monocraticamente ao recurso especial. Contudo, pela probabilidade de provimento ao recurso especial e pela gravidade do dano, pode antecipar aos seus pares e conceder a tutela recursal, que será ratificada ou não pelo colegiado³⁴.

8.5. PROCEDIMENTO

Eis, em rápidas linhas, o procedimento do recurso especial:

- Interposição, perante a presidência ou vice-presidência no tribunal recorrido, inclusive concomitantemente, se for o caso, com o recurso extraordinário interposto quanto à matéria constitucional (art. 1029 NCPC).
- O recorrido será intimado, automaticamente, para oferecer resposta ao recurso, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.030 NCPC).

termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes. (AgRg no AREsp 635230 / RJ, rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 01/02/2016).

³⁴ O seguinte precedente, ainda na vigência do CPC/73, sintetiza os requisitos para a medida excepcional e sua aplicação à antecipação da tutela recursal: *No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, as medidas cautelares são cabíveis apenas para atribuir efeito suspensivo ou, eventualmente, para antecipar a tutela recursal em recursos de competência desta Corte, sendo certo que a medida excepcional somente é deferida se evidenciada a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações - *fumus boni iuris*, consubstanciado na elevada probabilidade de êxito do recurso interposto - e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte - *periculum in mora*. (AgRg na MC 21273 / DF, rel. Ministro GILSON DIPP, DJe 25/09/2013).*

- O presidente ou vice-presidente, em seguida, poderá negar seguimento a recurso especial em consonância com entendimento do STJ, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 1030, *inc.* I, “b” NCPC).
- De igual forma, poderá o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de recursos repetitivos (art. 1.030 II NCPC).
- Poderá, ainda, sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo, ainda não decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 1.030 III NCPC).
- Ainda poderá selecionar o recurso como representativo de controvérsia infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036 (art. 1.030 IV NCPC), encaminhando-o ao STJ.
- Enfim, se não for adotada alguma das alternativas anteriores, irá o presidente ou vice-presidente aferir a admissibilidade do recurso especial (art. 1.030 V NCPC).
- Se admitido o recurso especial, será enviado ao STJ para posterior julgamento. Se inadmitido, caberá agravo no prazo de 15 (quinze) dias, consoante arts. 1.030 § 1º e 1.042 NCPC. Se a inadmissão for por incidência de entendimento firmado em sede de recurso especial repetitivo, caberá agravo interno ao próprio tribunal de origem, conforme arts. 1.021 e 1030 § 2º NCPC, no prazo de 15 (quinze) dias.
- Se o recurso especial recair no sistema de afetação (recurso especial repetitivo), haverá observância ao disposto nos artigos 1.036 a 1.041 NCPC. Destaca-se, nos termos do art. 1037 II NCPC, que a afetação de determinado recurso importará na suspensão de todos os processos que versem sobre o tema em discussão no território nacional.
- Havendo suspensão indevida advinda da afetação, poderá haver requerimento para destrancamento do processo, cabendo, conforme o caso, agravo de instrumento ou agravo interno contra a decisão respectiva (art. 1037 § 13 NCPC).

