

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL

Roque Antonio Carrazza

Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

RESUMO

O trabalho versa sobre os recursos extraordinário e especial: sua admissibilidade, a interpretação razoável e a possibilidade de interposição simultânea de recursos.

ABSTRACT

The essay is about special and extraordinary appeal: its admissibility, the reasonable interpretation and the possibility of simultaneous interposition.

1. LINEAMENTOS BÁSICOS

O recurso extraordinário e o recurso especial, embora não se confundam, possuem um *núcleo central comum*, que permite sejam estudados em conjunto.

Antes, porém, de começarmos a análise desse *núcleo central comum*, é o caso de dizermos que o recurso extraordinário vem previsto no art. 102, III, da C.F., que estatui:

* Baseado em notas de palestra proferida no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 27/02/92.

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida;

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição".

Percebemos, pois, que cabe recurso extraordinário quando a decisão recorrida: a) *é acoimada de inconstitucional*; b) *declara a inconstitucionalidade de lei ou ato governamental federal*; ou c) *deixa de acolher a arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato governamental local, dando pela validade desses textos. Em síntese, o recurso extraordinário gira sempre em torno de "questões constitucionais"*.

Já o recurso especial vem previsto no art. 105, III, da C.F., que preceitua:

"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 válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

Como vemos, o recurso especial gira em torno de "questões federais".

Vamos agora, enfocar, com alguma detença, cada uma dessas alíneas.

No caso da alínea "a" (decisão recorrida que "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência"), mais do que o interesse imediato da parte recorrente, predomina o interesse superior da legalidade. Só a decisão que hostiliza, à força aberta, o tratado ou a lei federal ou lhes nega vigência, é recorrível por meio deste remédio constitucional.

Tenhamos em atenção que, "negar vigência", segundo a melhor doutrina, equivale a "negar aplicação". Nega vigência o acórdão que aplica tratado ou lei federal incabível à 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.

No caso da alínea "b" (decisão recorrida que "julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal"), o recurso cabe quando a decisão do tribunal manda aplicar lei ou ato de governo local, em

detrimento de lei ou ato de governo federal. Nessa hipótese, como veremos logo mais, há sempre uma questão constitucional subjacente, que pode ser resumida na seguinte indagação: *qual pessoa política, nos termos da Lei Maior, tem competência para disciplinar o assunto?*

Finalmente, no caso da alínea "c" (decisão recorrida que "der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal"), o recurso especial visa assegurar a unidade de interpretação da lei federal, em todo o território nacional.

Ele cabe na hipótese de dissídio jurisprudencial, que deve surgir entre, pelo menos, dois tribunais, ainda que do mesmo Estado, não se admitindo o recurso se as decisões conflitantes forem do mesmo tribunal.

Convém remarcamos que o dissídio jurisprudencial há de ser demonstrado analiticamente, isto é, mediante a comparação minuciosa entre os fundamentos dos acórdãos e o cotejo de suas conclusões colidentes.

A prova do dissídio jurisprudencial deve ser feita por certidões ou mediante a citação dos repositórios de jurisprudência oficiais (como o "Diário Oficial") ou dos repositórios de jurisprudência autorizados (como a "Revista Trimestral de Jurisprudência" etc.). Além disso, é mister a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Não basta, pois, para que se dê por comprovado o dissídio jurisprudencial, a mera transcrição de ementas ou a simples juntada da cópia integral do julgado apontado.

2. ASPECTOS COMUNS

Começemos, agora, o estudo do *núcleo central* comum dos recursos extraordinário e especial. Ambos são recursos de direito estrito, direcionados a Tribunais Superiores (*o Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário e o Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial*). Demais disso, são recursos expressamente previstos na Constituição, que, como vimos, lhes dá os lineamentos básicos e lhes aponta os pressupostos de admissibilidade. Seus contornos e limites estão pré-traçados na própria Constituição.

A Lei 8.038/90, que estabeleceu o rito que devem observar, apenas deu maior operatividade aos recursos, definindo-lhes as normas de processo e julgamento, para maior segurança dos recorrentes. Nada, porém, de substancialmente novo lhes agregou ou lhes subtraiu. E nem poderia tê-lo feito, sob pena de irremissível inconstitucionalidade.

3. PROBLEMA DA "JUSTIÇA" DA DECISÃO DO TRIBUNAL "A QUO"

Uma outra idéia importante: o recurso extraordinário e o recurso especial são remédios excepcionais, que se destinam, não à recomposição

do justo, mas à preservação da ordem jurídica constitucional e federal, respectivamente. Em síntese, não têm em mira corrigir eventuais injustiças contidas no julgado recorrido. Esse problema da justiça esgota-se nos recursos comuns.

É por isso que o recurso especial e o recurso extraordinário não podem cuidar de meras *questões de fato* (só de algumas *questões de direito*: aquelas expressamente apontadas no texto constitucional). Estamos já percebendo que a prova dos autos é o que menos importa, para fins de recurso extraordinário e de recurso especial (que não são sucedâneos da ação rescisória). Nesse sentido, aliás, a Súmula nº 7, do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula nº 279, do Supremo Tribunal Federal (que vedam, respectivamente, o recurso especial e o recurso extraordinário, quando se pretende o simples reexame da prova).

A propósito, julgamos importante frisar que o *reexame da prova* não se confunde com a valoração legal da prova. Esta última é possível, tanto no recurso extraordinário, quanto no recurso especial. A *valoração legal da prova* não leva à apreciação das provas coligidas (o que é vedado nessa esfera recursal), mas revela se foram, ou não, infringidos princípios probatórios.

Elucidativa, a respeito, essa recente ementa do Superior Tribunal de Justiça:

"Para efeito de cabimento de recurso especial, é necessário discernir entre a apreciação da prova e os critérios legais de sua valorização. No primeiro caso há pura operação mental de conta, peso e medida, à qual é imune o recurso. O segundo envolve a teoria do valor ou conhecimento, em operação que apura se houve, ou não, a infração de alguns princípio probatório" (STJ - 3ª Turma, Resp. nº 1555-SC, Rel. Min. Gueiros Leite, J. 13/3/90, não conheceram, v. unânime, in D.J.U. de 9/4/90, p. 2741, 1ª col. - ementa reproduzida por Theotonio Negrão, no *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 21ª ed. - 2ª tiragem, p. 1052).

De qualquer modo, repetimos, o recurso extraordinário e o recurso especial não podem tratar de matéria de prova.

Assim, devem ser utilizados com parcimônia - com mão avara, até -, para que não se transformem em meros recursos de 3º grau de jurisdição. Em rigor, não basta a sucumbência da parte, para legitimá-los; para isso, é mister o rigoroso preenchimento de um dos requisitos adnumerados na Constituição, mas precisamente em seu artigo 102, III (no caso do recurso extraordinário) e em seu artigo 105, III (no caso do recurso especial).

Em suma, nem o recurso extraordinário, nem o especial, podem ser usados sem critério nem método, como a clava nas mãos dos bárbaros. Pelo contrário, devem ser utilizados apenas quando em jogo a preservação do império da Constituição (no caso do recurso extraordinário ou do direito

federal (no caso do recurso especial). São, pois, como dizíamos há pouco, recursos de direito estrito, limitados à revisão, "in iure" das questões prequestionadas, ainda que implicitamente, nas instâncias inferiores.

4. A IMPRESCINDIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO

A propósito, julgamos oportuno encarecer que continua presente o requisito do prequestionamento. A matéria só poderá ser apreciada pelo Tribunal "ad quem", se tiver sido objeto de exame expresso na decisão do tribunal "a quo".

O assunto, porém, deve ser encarado com certa liberalidade. Basta que a questão (constitucional ou federal) emergja, ainda que implicitamente, da decisão recorrida, para que os recursos possam ser admitidos. Não podemos chegar ao exagero de exigir a indicação expressa do artigo da Constituição ou da lei federal, para, só então, dar por cumprido o requisito do prequestionamento.

Também não faz sentido exigir-se a interposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.

O que estamos aqui tentando significar é que o prequestionamento pode ser *implícito*.

Aliás, não podemos nos esquecer do *prequestionamento impossível*. Temos sustentado que, quando o recorrente não podia prever que o assunto seria ventilado na decisão recorrida, não há necessidade de prequestionamento. Exemplificando, para melhor esclarecer: o juiz singular dá pela improcedência de ação acidentária. O obreiro apela e o Tribunal, dando provimento ao recurso, manda aplicar, na atualização dos atrasados, o art. 58, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Neste caso, a falta de prequestionamento não inibe a interposição de recurso extraordinário. Por quê? Porque o INSS não era obrigado a supor que o assunto viria à baila, na Superior Instância. Depois, ainda que o procurador autárquico tivesse essa previsão, não poderia recorrer, em função do *princípio da sucumbência*, para que o Tribunal deixasse de aplicar o precitado artigo 58, no caso de dar provimento ao recurso do hipossuficiente.

5. O PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS

Uma outra questão importante: os dois recursos só podem ser interpostos se houver o *prévio esgotamento das instâncias ordinárias*. Não podem ser exercitados se não foram interpostos os recursos ordinários cabíveis contra a decisão impugnada (por exemplo, se não foram interpostos embargos infringentes contra a parte não-unânime do julgado recorrido).

É preciso, portanto, que a lide já esteja totalmente dirimida, nas instâncias inferiores, para que caibam o recurso extraordinário e o recurso

especial (conforme a hipótese). Se a decisão recorrida foi omissa em relação a determinado ponto, a parte deve opor embargos declaratórios. Caso não o faça, não poderá invocar essa questão não apreciada na decisão recorrida.

Agora, um pormenor: não se pode usar os embargos declaratórios para forçar um eventual recurso especial ou extraordinário. O INSS é useiro e vezeiro nesta prática. Mas, de um modo geral, as Câmaras do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo têm percebido essa tática e a têm sistematicamente repudiado.

Para maior clareza remarcamos que os embargos declaratórios não podem ser usados para abrir espaço à interposição seja do recurso extraordinário, seja do recurso especial.

6. SISTEMA DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

Tanto o recurso extraordinário, quanto o especial, apresentam sistema de admissibilidade desdobrado (ou bipartido). Estipula o art. 26, da Lei 8038, de 28.05.90, que os recursos extraordinário e especial serão interpostos "*perante o Presidente do Tribunal recorrido*", *contendo: "I - exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida"*. Em seguida, nos termos do art. 27, desta mesma lei, o recorrido é intimado para, no prazo de quinze dias, apresentar suas contra-razões. Decorrido este prazo, os autos são "*conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de cinco dias*" (é o que estipula o § 1º, do art. 27).

O Tribunal de origem recebe o recurso e lhe dá seguimento ou não. Neste último caso, da denegação cabe, no prazo de cinco dias, agravo de instrumento ao S.T.F. (no caso do recurso extraordinário) ou ao S.T.J. (no caso do recurso especial). Isto está explicitado no art. 28, da lei em questão.

Embora a doutrina esteja dividida, parece que a melhor posição, a respeito, é a perfilhada por José Carlos Barbosa Moreira, quando sustenta que o Presidente do Tribunal *a quo* deve examinar a admissibilidade do recurso (isto é, se ele preenche os requisitos formais) e o Tribunal *ad quem* deve examinar o mérito do recurso. Noutra falar, o Presidente do Tribunal não deve examinar o mérito do recurso, nem lhe é dado indeferir-lo, por entender que o recorrente não tem razão. Deve, sim, apreciar todos os aspectos da admissibilidade do recurso, máxime a ocorrência de qualquer das hipóteses apontadas no art. 103, III (no caso do recurso extraordinário) ou no art. 105, III (no caso do recurso especial).

No Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, porém, vai, aos poucos, prevalecendo o entendimento de que o juízo de admissibilidade dos recursos deve ter maior amplitude, de modo a examinar-se também matérias de fundo, ou seja, o cabimento desses recursos.

Temos conhecimento de uma decisão recente do Superior Tribunal

de Justiça, "devolvendo" o recurso especial ao Tribunal a quo, para que seu presidente examinasse, ainda que de modo sumário, o mérito recursal.

É interessante notar que os fundamentos da admissibilidade, quer do recurso extraordinário, quer do especial estão na Constituição Federal (e, não, no Código de Processo Civil ou na Lei 8.038/90).

7. O PROBLEMA DA "INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL"

Retomando a idéia, para que não se disperse, o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, exerce seu papel principal: o de guardião da constitucionalidade dos atos normativos. Já, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial, controla a "inteireza positiva" do direito federal infraconstitucional.

Vamos, agora, tecer algumas considerações sobre o problema da chamada "interpretação razoável".

Ainda prevalece a idéia (que já estava consubstanciada na Súmula nº 400, do Supremo Tribunal Federal) de que estes recursos não têm cabida em havendo, interpretação razoável (ainda que não seja a melhor) da norma constitucional (no caso do recurso extraordinário) ou da norma federal (no caso do recurso especial).

Pensamos que a Súmula 400 não pode ser invocada em matéria constitucional, isto é, quando se aponta ofensa à Constituição. Para a admissão do recurso extraordinário basta que se demonstre que a Constituição foi violada, seja em sua letra, seja em seu espírito, seja em seu sistema. Há várias decisões do Supremo, neste sentido, que parece ser o correto. De fato, não nos parece jurídico, só porque a interpretação foi razoável, fechar as portas do recurso extraordinário, retirando do Supremo sua atribuição fundamental: de guardião e intérprete máximo da Constituição.

8. A ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA

É interessante ressaltarmos que a Constituição de 1.988 não manteve a *arguição de relevância*. Este instituto, que na prática inviabilizava o recurso extraordinário, na época da Carta anterior, foi abolido pela atual, não se aplicando, portanto, agora, nem ao recurso extraordinário, nem ao especial.

Foi, assim, em boa hora, estancada, pelo legislador constituinte, uma fonte de constante divergências entre a doutrina e os Ministros (na época, do S.T.F., já que só existia o *recurso extraordinário*).

9. OUTRAS CONSIDERAÇÕES

A doutrina tem proclamado, corretamente, que, no recurso especial, só se discutem questões federais (as questões constitucionais estariam reservadas ao recurso extraordinário). Esta afirmação, no entanto, deve ser

recebida em termos.

No caso da alínea "a", do art. 105, III (contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal) pode, incidentalmente, ser debatida a constitucionalidade do tratado ou da lei federal. Do contrário, como aguisadamente observou o Min. Carlos Velloso (que hoje está no Supremo, mas que, à época, integrava o S.T.J.), o Superior Tribunal de Justiça seria o único tribunal do País que não poderia levar a efeito o controle difuso de constitucionalidade.

No caso da alínea "b", do art. 105, III (decisão que julgou válida lei ou ato local increpado de contrariar a lei federal), a questão da constitucionalidade frequentemente aparece como um pressuposto implícito. Se o julgado recorrido decidiu daquela forma, é porque, supostamente, uma lei estadual ou municipal invadiu a seara que a Constituição reservou à lei federal. O problema, aí, passa a girar em torno de uma possível invasão de competência legislativa (assunto que traz uma questão constitucional "embutida"). Digamos que uma lei municipal sobre ISS (imposto sobre serviços) "viole" uma lei federal que trate desse mesmo tributo. Antes de decidir se houve contrariedade à lei federal, deve o Superior Tribunal de Justiça verificar se, nos termos da Constituição da República, a União tinha competência para disciplinar o assunto (o que, no exemplo apontado, não nos parece).

Finalmente, no caso da alínea "c", do art. 105, III (decisão recorrida que interpretou lei federal de forma diversa de outro tribunal), pode, eventualmente, surgir um problema de constitucionalidade, se o acórdão paradigma vulnera um princípio constitucional. Do contrário, absurdamente, o S.T.J. faria sempre prevalecer o primeiro acórdão que tivesse decidido uma dada controvérsia (ainda que de modo afrontoso à Constituição).

10. QUESTÃO PROCESSUAL INTERESSANTE

Vamos, agora, cuidar de uma questão processual interessante.

É relativamente comum ser impetrado, junto ao Pleno, mandado de segurança contra despacho do Presidente do Tribunal, que recebe, apenas no efeito devolutivo, Agravo de Instrumento de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário ou de Recurso Especial. Os impetrantes desejam que o agravo seja recebido também no efeito suspensivo, a fim de impedir a imediata execução.

Nesses casos, temos opinado no sentido de que o impetrante seja julgado carecedor da segurança. Por quê? Porque, a nosso sentir, falece competência ao Tribunal "a quo" para o julgamento do caso.

Realmente, o juízo de admissibilidade, tanto no recurso extraordinário, como no especial, está fora da competência do Tribunal recorrido. Sua emissão, positiva ou negativa, cabe privativamente à Presidência

(nesta compreendida, também, a Vice-Presidência) do Tribunal recorrido, na exata dicção dos arts. 26 a 28 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1.990.

É, pois, ato eminentemente monocrático, impugnável pelas vias próprias, apenas perante o Tribunal "ad quem": o Superior Tribunal de Justiça (no caso de recurso especial) e o Supremo Tribunal Federal (no caso de recurso extraordinário). Só a estes Tribunais compete apreciar a correção e a legalidade da decisão que admite ou não admite o recurso, bem assim, decidir acerca da conveniência ou necessidade de suspender-se a eficácia do ato judicial recorrido, até o julgamento do correspondente recurso (que - convém ressaltarmos - não foi contemplado, pela lei, com o efeito suspensivo).

A toda evidência, portanto, que, competente para o julgamento do "mandamus" é, no caso do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal (nos termos do art. 102, I, "d", da C.F.) e, no caso do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça (nos termos do art. 105, I, "b", da C.F.). O presidente do tribunal "a quo" atua como *órgão preparador* dos recursos, em nome desses tribunais superiores.

11. A POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DOS RECURSOS

Outra questão importante: é possível interpor, concomitantemente, o recurso extraordinário e o recurso especial?

Em tese, sim. Pode acontecer de a decisão recorrida haver se subsumido em hipóteses tanto do art. 102, III, como no art. 105, III, da C.F.

O que fazer, nesses casos? Carlos Mário da Silva Velloso, enquanto era Ministro do Superior Tribunal de Justiça, entendia que devia ser interposto recurso especial. Do acórdão do S.T.J. poderia ser interposto recurso extraordinário, se ele contrariasse a Constituição.

Ficamos, "data máxima venia", com a opinião do Min. Pádua Ribeiro que entende que devem ser interpostos os dois recursos, sob pena de preclusão, devendo o recurso extraordinário ter seu processamento sobreestado até o julgamento do recurso especial.

É, aliás, a solução da Lei 8.038/90, em seus arts. 26 e 27 e seus parágrafos.

12. ÚLTIMA CONSIDERAÇÃO

Temos, ainda, uma questão processual a examinar.

É sobre a possibilidade da interposição de recurso extraordinário ou de recurso especial adesivos. Sem aprofundarmos tais assuntos, que, a nosso ver, são mais acadêmicos que essenciais, parece-nos que esta adesão é possível, a teor do art. 500, II, do C.P.C. (aliás, o recurso extraordinário está ali expressamente referido; o especial surgiu com a Carta de 88, mas é um desdobramento do recurso extraordinário).