

## RECURSO ESPECIAL: ADMISSIBILIDADE E PROCEDIMENTO (\*)

*Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite*

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito Processual Civil do Curso de Direito da UDF.

Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, no dia sete de abril último, completou-se o ciclo da reforma operada na estrutura do Poder Judiciário pelo legislador constituinte.

Como desdobramento, tem-se um novo modelo recursal. Assim é que, ao lado do recurso extraordinário, existe hoje o recurso especial, ambos com a função de tutelar a autoridade e a unidade do direito federal. Aquele, o consubstanciado na Constituição; este, o consubstanciado na lei comum.

Na conformidade da divisão de temas estabelecida, cabe-me a abordagem de questões relativas à admissibilidade e ao procedimento do recurso especial.

Com efeito, a admissibilidade do recurso especial, no plano estritamente normativo, está bem definida. Subordina-se ao atendimento dos pressupostos genéricos, assim os subjetivos como os objetivos, estabelecidos pela lei processual vigente, comuns a todos os recursos, e aos pressupostos específicos de índole constitucional, vale dizer, decisão de única ou última instância de Tribunal local ou Regional Federal e existência de questão federal de direito comum

---

(\*) Texto-base de palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, no dia 3 de maio de 1989.

controvertida, ou seja, quando configurada qualquer das hipóteses elencadas nas alíneas "a" a "c", do item III, do art. 105, da Constituição.

Os chamados óbices regimentais, jamais assimilados pela consciência jurídica nacional, não têm vez, mesmo porque o legislador constituinte cuidou de não repetir a regra permissiva inserta no parágrafo primeiro do art. 119 da Carta de 1967, e ampliada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Vai daí que resta perquirir apenas se a admissibilidade do recurso especial está ou não sujeita a óbices jurisprudenciais.

Não sem antes enfatizar que não devem ser pura e simplesmente considerados os concernentes ao recurso extraordinário, estou em que, inevitavelmente, terão lugar no juízo de admissibilidade do recurso especial. É um paralogismo, *data venia*, colocá-los no mesmo patamar dos regimentais.

Para não inculcar dúvida nos espíritos, é de capital importância deixar bem claro o meu ponto de vista.

É ver-se que tais óbices, ao contrário dos regimentais, estabelecidos segundo a disciplina constitucional precedente, não são instrumentos de política judiciária, defluem da própria finalidade do recurso para a instância extraordinária, bem assim de princípios e regras do processo. São técnicos, pois.

A título de exemplo, vale colacionar os verbetes 283 e 284, da Súmula do Supremo Tribunal Federal. O primeiro expressa ser inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Ora, verifica-se, *prima facie*, que o enunciado é corolário do efeito devolutivo do recurso. Se não houve devolução de um fundamento suficiente para embasar a decisão recorrida, este não pode ser examinado, constituindo, de conseguinte, providência inócua o exame dos demais.

Já o segundo diz ser inadmissível o recurso extraordinário, quando a sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. O enunciado, como se vê, traduz simplesmente hipótese de inépcia.

Especula-se muito em torno de uma eventual adoção pelo Superior Tribunal de Justiça dos óbices jurisprudenciais relativos ao questionamento e à razoabilidade da interpretação dada pela decisão recorrida, que constituem objeto, o primeiro, dos verbetes 282 e 356

e, o segundo, do verbete 400, da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Forçoso reconhecer que a exigência de prequestionamento não é pacífica na doutrina. Há respeitáveis opiniões num e noutro sentido. Não me parece correto, entretanto, negar-lhe legitimidade apenas porque o texto constitucional, a partir de 1946, deixou de contemplá-la expressamente. O equívoco fundamental está em que a exigência de prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição.

Voltado o recurso a dirimir controvérsia sobre questão federal, pressupõe logicamente que dita questão federal haja sido suscitada e, conseqüentemente, decidida na instância ordinária. Do contrário, desconsiderar-se-iam até mesmo os efeitos da preclusão.

Em suma, entendo legítima a exigência de prequestionamento, escoimada, porém, dos exageros do formalismo. Importa é que a questão federal emergja da decisão recorrida, ainda que implicitamente.

Tão-só à guisa de ilustração, parecem-me constituir exageros do formalismo a indicação expressa do artigo de lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.

A Súmula 400, à sua vez, estampando o entendimento de que a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário, pela letra "a" do artigo 101, III, da Constituição Federal, apesar das suas sólidas bases doutrinárias, sempre gerou grande controvérsia.

Na vereda aberta pela crítica de Seabra Fagundes, demonstrando a incompatibilidade do seu enunciado com a hipótese de cabimento do extraordinário pela letra "c", penso que o Superior Tribunal de Justiça não deva adotá-la.

De fato, a previsão de cabimento do recurso no caso de dissídio jurisprudencial conduz ao raciocínio de que, a despeito de a lei comportar outras, deve ser definida uma única interpretação. Afirmar razoável a interpretação, quando interposto o recurso pela alínea "a", que pode, no entanto, vir a ser infirmada, quando em confronto com outra, não se ajusta bem à noção de estabilidade dos direitos, de segurança nas relações jurídicas.

Desnecessário dizer que os conceitos emitidos a propósito dos óbices jurisprudenciais têm caráter estritamente pessoal. Só o tempo

poderá dizer, com a reiteração dos julgados, os rumos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça irá tomar. Certamente, serão encontradas soluções que não o façam demitir-se da sua função precípua de guardião do direito comum federal.

Advirta-se, por outro lado, que tudo o que aqui se disse sobre os óbices jurisprudenciais não têm relevância, a esta altura, sinalese, na primeira etapa do juízo de admissibilidade, no Tribunal a quo, que deverá cingir-se ao exame dos pressupostos genéricos e dos pressupostos específicos de ordem constitucional, até que se firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a propósito.

Passo, agora, ao exame de questões relativas ao procedimento do recurso especial, que, até o momento, não tem contornos bem definidos, vez que se encontra ainda em tramitação, no Congresso Nacional, o projeto de lei que institui normas procedimentais para processos perante o Superior Tribunal de Justiça.

Sendo, entretanto, um sucedâneo do recurso extraordinário, a solução que se impõe, enquanto não transformado em lei o projeto em tela, consiste em sujeitar o seu procedimento às regras do recurso extraordinário, no que couberem, como, aliás, expressamente prevê o Ato Regimental nº 1, do Superior de Justiça.

Questão das mais tormentosas que vem à tona, no campo do procedimento, decorre da dualidade recursal.

Cindido que foi o terceiro grau extraordinário, com o legislador constituinte cometendo ao Superior Tribunal de Justiça o contencioso de direito comum federal e ao Supremo Tribunal Federal o contencioso constitucional, uma mesma decisão, de Tribunal local ou Regional Federal, que contenha os dois contenciosos, tanto pode render ensejo à interposição do recurso especial como à do recurso extraordinário.

Em termos ideais, é inegável que melhor teria andado a Constituição evitando a dualidade recursal, em ordem a restringir, à semelhança do que ocorre na Justiça Eleitoral e na Justiça do Trabalho, com relação às decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente, o cabimento do recurso extraordinário às decisões do Superior Tribunal de Justiça, no caso de ofensa à Constituição.

De lege lata, porém, estamos longe do ideal. A Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal, com exclusividade, em grau extraordinário, o contencioso constitucional, impondo, destarte, a dualidade recursal. Convém, entretanto, abrir um parêntese. Isto não

significa dizer que o Superior Tribunal de Justiça não possa, no julgamento do recurso especial, declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei.

Como bem anotou o meu ilustre colega Ministro Carlos Mário Velloso, em palestra proferida aqui mesmo em São Paulo, no "Ciclo de Palestras sobre o Poder Judiciário e a Nova Constituição", patrocinado pela Associação dos Advogados de São Paulo, "o Superior Tribunal de Justiça não será o único tribunal do país em que não ocorrerá o controle difuso da constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro".

Fechado o parêntese, convenha-se que aquela solução, tida como ideal, não se justifica na prática. Diante da pleora de feitos, além de não fazer sentido o trânsito pelo Superior Tribunal de Justiça de causa que contenha apenas o contencioso constitucional, com a instituição de uma quarta instância, apenas se mudaria o endereço da crise que se instalou no Supremo Tribunal Federal. Brevemente, estariam sobrecarregadas as pautas de julgamento da nova Corte, com o conseqüente retardo da prestação jurisdicional.

Com efeito, impende minimizar os reflexos negativos da dualidade recursal, de modo a não só alcançar-se a mais rápida solução dos litígios como a prevenir-se maiores transtornos na vida forense.

A Comissão de Estudos Constitucionais, a chamada "Comissão dos Notáveis", preocupou-se com a questão, consignando o anteprojeto por ela elaborado, no parágrafo único do art. 281, *verbis*:

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

Sucedede que o cerne da questão não está propriamente na primazia de julgamento, que se resolve facilmente pelo critério da prejudicialidade, mas nos graves inconvenientes acarretados pelo processamento simultâneo.

De *lege ferenda*, pois, a solução está, quero crer, em evitar-se o processamento simultâneo, o que, de modo algum, afrontaria a Constituição, que se põe apenas no sentido de prever a dualidade recursal.

Com esse propósito, a partir de estudos procedidos pela Comissão de Regimento do Superior Tribunal de Justiça, encaminhou-se à Câmara dos Deputados a sugestão de incluir-se, no capítulo referen-

te ao recurso especial, do projeto de lei antes referido, um dispositivo com a seguinte redação:

“Se a decisão recorrida contiver controvérsia constitucional e de direito comum, a parte, na petição de interposição do recurso especial, para que não preclua a matéria constitucional, protestará pela apresentação do recurso extraordinário, se for o caso, após o julgamento do recurso especial.”

Há, evidentemente, outras formas de evitar-se o processamento simultâneo. Poder-se-ia, por exemplo, simplesmente sobrestar o recurso extraordinário, como ocorre hoje na hipótese de que trata o art. 498 do Código de Processo Civil, ou mesmo do recurso especial, quando nele se discutir questão secundária — como honorários de advogado — com a questão de fundo sendo de índole exclusivamente constitucional. Poder-se-ia mesmo deixar a escolha ao próprio recorrente, como sugere o eminente Ministro José Dantas, uma das mais respeitáveis vozes do Superior Tribunal de Justiça.

Qualquer que seja a forma, entretanto, deve ser definida em lei. Caso a caso, acarretará sérias dificuldades. É bem verdade que tanto não impedirá o surgimento, no dia-a-dia, de questões procedimentais relevantíssimas. Mas, sem dúvida, a jurisprudência já encontrará o terreno aplainado. Em conclusão, a lei deve dispor sobre o essencial, dando vez à construção pretoriana quanto ao mais.

Enquanto não regulada por lei a espécie, no caso de coexistência do contencioso constitucional e do contencioso de direito comum federal, não há outro caminho senão o da interposição de ambos os recursos, com processamento simultâneo, aguardando-se a palavra do Supremo Tribunal Federal sobre a prioridade de julgamento.

Por fim, é de toda conveniência enfocar-se aqui algumas significativas inovações constantes do projeto de lei que institui normas procedimentais para processos perante o Superior Tribunal de Justiça, relacionadas com o recurso especial.

Traduzem elas providências simplificadoras, que tendem a agilizar a prestação jurisdicional de terceiro grau.

A primeira consiste em eliminar-se a fase de impugnação. A petição de interposição do recurso especial já deverá conter as razões do pedido de reforma da decisão. Recebida a petição, será aberta vista, imediatamente, ao recorrido, para apresentar contra-razões. Só, então, o Presidente do Tribunal despachará, admitindo ou inadmitindo o recurso.

A segunda, tem a ver com o agravo interposto do despacho denegatório. Será o recurso julgado pelo Relator. Improvido que seja, caberá agravo regimental para a Turma julgadora. No caso de provimento — e aí reside a inovação — se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, como tal o agravo será autuado e incluído em pauta. Em outras palavras, o agravo será convolado em recurso especial. Para tornar efetiva esta possibilidade, previu-se o traslado obrigatório, além das peças mencionadas no parágrafo único do art. 523, do Código de Processo Civil, do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso especial e das contra-razões, se houver.

Encerrando, cuido de esclarecer que não tive outro propósito senão o de suscitar algumas questões para meditação e debate. O tema é rico e sugere, obviamente, muitas outras indagações. Agradeço a atenção de todos, esperando que esta breve exposição seja-lhes, de algum modo, útil, quando menos para o exercício do juízo crítico.

Obrigado.