

## **COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; RECURSO ESPECIAL E RECURSO ORDINÁRIO**

**Cláudio Santos**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

As normas determinantes de competência, isto é, da medida ou dos limites em que os juízes exercem sua jurisdição, encontram espaço na Constituição da República, nas leis básicas dos Estados-membros da Federação, em lei complementar e nas leis processuais em geral, para não falar nas divisões internas de atividades jurisdicionais traçadas nos Códigos de Organização Judiciária e nos regimentos internos dos Tribunais.

A Constituição Federal de 1988 prevê, especificamente, a competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal do primeiro grau de jurisdição, e, genericamente, a competência do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar.

Realmente, num passar de olhos pela Lei Fundamental, constata-se a existência de um elenco de causas da competência da Corte Máxima, no artigo 102 daquele estatuto. Um outro rol está inserido no seu artigo 105, a nominar os feitos da competência do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, relação menor, porquanto jungida à competência da Justiça Federal da instância inicial, enfeixa a competência das Cortes Regionais Federais (art. 108) e outra, mais extensa, enumera as causas, os crimes, os "writs", enfim,

os litígios da competência dos juízes federais e dos juízes estaduais no exercício da competência federal (art. 109).

A competência do Tribunal Superior do Trabalho está atrelada à competência genérica daquela justiça especializada, ou seja, para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública em geral, e sobre aquela competência disporá a lei ordinária, como já dispõe acerca da competência da justiça laboral a Consolidação das Leis do Trabalho, recepcionada, em termos gerais, pela nova ordem constitucional (arts. 111, § 3º, 113 e 114).

Quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral, no âmbito do direito eleitoral, lei complementar disporá sobre aquela matéria (art. 121). É certo que o § 4º do art. 121 prevê um recurso inominado, no plano constitucional, das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais para o T.S.E., quando :

“I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV - anularem diplomas ou detectarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

V - denegarem **habeas-corpus**, mandado de segurança, **habeas-data** ou mandado de injunção.”

Nas duas primeira hipóteses, o Código Eleitoral (art. 276, I) intitula o recurso de especial, com a particularidade de, no recurso com apoio na contrariedade a disposição de lei, ser possível a alegação de ofensa à Constituição (v. inciso I, acima). Aliás, o recurso trabalhista de revista, interposto das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho para o Tribunal Superior do Trabalho, por igual, admite a alegação de contrariedade a dispositivo da Constituição (art. 896, da C.L.T.).

Nas três hipóteses restantes, o recurso pode ser chamado de ordinário, conforme consta no inciso II, do art. 276, do mesmo Código.

Finalmente tocante ao Superior Tribunal Militar, lei ordinária disporá sobre sua competência, assim como da Justiça Militar Federal, em seu todo.

A razão pela qual a Lei Maior enunciou de forma taxativa a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

de certo, encontra explicação na importância destes tribunais na Federação, como tribunais de defesa da Constituição e do direito federal, impondo-se uma competência rígida, completamente definida e não sujeita a modificações pelo legislador comum. O próprio Supremo Tribunal Federal não pode mais, depois da Constituição vigente, ampliar sua competência, via regimental, como antes era permissível.

A competência da Justiça Federal também está especificada na norma suprema tendo em vista ser este o local apropriado para a fixação das atribuições da justiça organizada pela União, até para estabelecer a competência remanescente da justiça comum estadual.

Desnecessária, por outro lado, a pomenorização da competência das Justiças Federais especializadas, posto que o ramo de direito identificador de cada uma delas confina sua competência sem grande número de conflitos.

De qualquer modo, seja a competência minudenciada, seja a generalizada em razão da matéria pela Constituição, dos órgãos do Poder Judiciário, ela é exaustiva, no sentido de que norma alguma hierarquicamente inferior, como observa o mestre ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ("Jurisdição e Competência", 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 46), poderá reduzi-la ou ampliá-la.

A competência do Supremo Tribunal Federal, *ultima ratio*, é a competência do contencioso constitucional, e a competência do Superior Tribunal de Justiça é a competência do contencioso da lei federal.

A competência do Superior, a exemplo da do STF, pode ser repartida em originária, recursal ordinária e recursal especial (competência extraordinária).

A competência originária está determinada no artigo 105, inciso I, da Constituição e engloba a competência para processar e julgar :

"a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e **habeas-data** contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;

c) os **habeas-corporus**, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; ”

A competência recursal ordinária compreende a competência do STJ para julgar, em **recurso ordinário** (inciso II daquele artigo) :

“a) os **habeas corpus** decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País:”

A competência recursal especial, que excepcionaliza causas a serem julgadas além do duplo grau de jurisdição, através do **recurso especial** (art. III do mesmo dispositivo), está assim definida :

“- 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 a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Os recursos da competência do STJ, previstos na Lei Fundamental, são, pois, o **recurso ordinário** e o **recurso especial**.

Por óbvio, o Superior Tribunal de Justiça aprecia e decide outros recursos, a saber: agravos de instrumento de decisões denegatórias de seguimento do especial, da instância ordinária para a excepcional; agravos de instrumento de interlocutórias de juizes federais, nas causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; agravos (hoje inominados, antes chamados de regimental), de decisões de relatores, no julgamento monocrático denegatório de agravos de instrumento relativos à subida do recurso especial ou de decisões dos relatores ou Presidentes do Tribunal e de órgãos julgadores em questões incidentais nos processos sob sua condução; embargos declaratórios para aclarar decisões, suprir omissões ou afastar contradições; embargos infringentes de acórdão não unânime proferido nos recursos ordinários nas causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (nestas causas o recurso é chamado de apelação cível pelo art. 36 da Lei nº 8.038, de 28.5.90); embargos infringentes de acórdão composto por votação majoritária, no julgamento de ação rescisória originária; e, finalmente, os embargos para evitar divergência, nos julgamentos de recursos especiais, ou sejam, os embargos de divergência.

## RECURSO ESPECIAL

Sobre o recurso especial, escrevi artigo de doutrina, há cinco anos, quando o Superior Tribunal de Justiça começava sua trajetória no mundo jurídico nacional, intitulado "Recurso Especial - Visão Geral" (publicado em várias revistas especializadas e em coletânea coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, "Recursos no Superior Tribunal de Justiça", São Paulo, Ed. Saraiva, 1991). Lá discorri acerca dos antecedentes do surgimento deste recurso no Brasil, da criação do novo tribunal superior, de seu conceito e finalidades; incursionei, ainda que limitadamente, no direito comparado, além de abordar os pressupostos deste recurso extraordinário ou de cassação, ou, com mais propriedade, de revisão excepcional e o tema do "prequestionamento". Não pretendo retomar o mesmo caminho inicial, todavia, faz-se indispensável um reexame, a nível doutrinário e jurisprudencial, daqueles pressupostos, algumas considerações de ordem prática e o estudo de outros problemas no âmbito do contencioso constitucional que acabaram por se revelar no exercício diário das atividades jurisdicionais, tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial, conforme previsão constitucional, encontra espaço nas causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e

Territórios, sejam estes tribunais de justiça, tribunais de alçada e até tribunais militares estaduais.

Compreende-se por causa, para efeito de recurso especial, a questão federal sobre qualquer controvérsia na lide, seja esta principal ou cautelar, seja a controvérsia final, meramente extintiva ou de mérito, ou incidental. A causa tanto pode surgir na jurisdição dita contenciosa, quanto na jurisdição chamada voluntária. Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, coincidente com aquele firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo de décadas de experiência na apreciação de recursos extraordinários.

O conceito atribuído pelos tribunais superiores ao vocábulo "causa" encontra apoio na doutrina. Veja-se, a propósito, estas considerações de Rodolfo de Camargo Mancuso :

*"Parece-nos, efetivamente, que o qualificativo "decididas", aposto à "causas" (arts. 102, III e 105, III da CF), não está ali para significar que somente as decisões "finais" (= que resolvem o mérito) podem dar azo aos recursos extraordinários e especial. A uma, porque o pressuposto básico de ambos os recursos é a existência de uma questão constitucional ou federal, conforme o caso. E não, necessariamente, que se trate de ato decisório que extinguiu o processo com julgamento do mérito. A duas, porque, tanto para o recurso extraordinário como para o especial, não vem a pêlo o aspecto do "justo" na decisão, e por isso não faria sentido que o "julgamento do mérito" aparecesse como pré-requisito ou condição de admissibilidade desses recursos. E, de fato, essa exegese parece ser a preferível, como se lê em J. C. Barbosa Moreira: "Não obstante fale o texto constitucional em "causas decididas", o melhor entendimento é o de que o acórdão não precisa versar sobre o mérito". Sobre o ponto, claro o magistério de José Afonso da Silva, que, embora seja escrito para o recurso extraordinário, aplica-se ao recurso especial: "não há cogitar se se trata de processo de jurisdição voluntária ou de jurisdição contenciosa. Se o processo é cautelar, principal ou incidental. Basta que a decisão, proferida em qualquer deles, encerre uma questão federal e seja irrecurável no mesmo sistema judiciário. Só isto é pressuposto dele. A natureza, o tipo de processo não constitui seu pressuposto". Aliás, nos parece que os recursos excepcionais são admissíveis mesmo onde não tenha havido recurso voluntário da sentença, como nos casos de reexame obrigatório (CPC, art. 475)." ("Recurso Extraordinário e Recurso Especial", São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1990, pp. 67/68) .*

Estou de pleno acordo com as conclusões do autor, inclusive no concenente à recorribilidade excepcional das decisões proferidas em grau de reexame obrigatório.

Em certo momento, entretanto, o assunto não foi pacífico no Superior Tribunal de Justiça, face ao entendimento da Primeira Turma, no sentido de não ser cabível o recurso especial dos acórdãos lavrados na apreciação de agravos de instrumento.

Os pronunciamentos daquela Turma passaram a influenciar, de imediato, as presidências dos tribunais de segundo grau, de forma a ensejar inúmeros agravos de decisões contrárias ao seguimento do especial, até que uniformizada a questão pela Corte Especial do STJ, em virtude de indifarsável dissídio de julgados da Primeira Turma, principalmente, com outro da Terceira Turma, veio a ser aprovada a Súmula nº 86 :

*“Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”*

Tais recursos são, aliás, muito comuns no STJ, com o envolvimento de questões de direito processual, de tal modo que um entendimento em sentido contrário deixaria esse importante ramo do direito sem a desejada uniformização. Contudo, há quem cogite, no Superior, de que as proferidas no julgamento de agravo fossem recorríveis somente em casos de dissenso pretoriano. É uma idéia para o desestímulo ao recurso passível de redução do grande volume de processos a aflorar no Superior Tribunal de Justiça. Outros imaginam que o recurso poderia ser diferido para a fase final do recurso de decisão de apelação ou de embargos infringentes. Entendo que a última sugestão acarretaria grandes inconvenientes e atentaria contra o princípio da eventualidade, inafastável para o rápido fluxo do processo.

A causa há de envolver uma questão federal, compreendendo-se nessa expressão uma questão de direito objeto de lei federal, pois as três alíneas do inciso III, do art. 105 da Lei Fundamental, versam sobre a contrariedade à lei federal, acerca da validade de lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal e, finalmente, de divergência interpretativa da lei federal.

Compreenda-se por lei federal, no texto constitucional, como já afirmei em outras oportunidades, a lei, o decreto, inclusive o baixado para aprovar regulamentos, a lei estrangeira nos termos do direito internacional privado brasileiro, e os tratados aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados. Excluo de tal conceituação o regimento interno dos tribunais superiores e federais, a lei federal destinada ao Distrito Federal e Territórios, e as normas inferiores, tais como o ato normativo, a portaria ministerial, a resolução da autarquia e outros atos administrativos.

Uma exceção diz respeito aos convênios, em matéria tributária, firmados pelos Estados. Creio que, nesse caso, face à transcendência da norma e à sua aplicação no âmbito nacional, ainda que não nascido o estatuto do Congresso Nacional é uma norma de caráter nacional. Deve, pois, ser conceituada como uma questão federal, passível de ensejar recurso especial, quando violado o convênio. Refiro-me, por óbvio, àqueles convênios autorizados pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na ausência de uma lei federal.

As causas devem ser julgadas por tribunais, onde foram esgotados todos os recursos previstos em lei. Claro que, em sendo um acórdão parcialmente firmado por maioria, da parte unânime deve ser de logo interposto o recurso especial, a ficar sobrestado até o julgamento dos embargos infringentes acaso interpostos. Da decisão na apreciação desse último recurso caberá novo especial.

A causa deve ser apreciada por tribunais para efeito de cabimento do recurso especial. Não é admissível o recurso de decisão monocrática de juiz ou de relator, nos tribunais. Na última situação, o tribunal deve ser provocado através de agravo regimental, normalmente previsto no regimento dos tribunais. No caso de decisão de colegiado não instituído como órgão judicial de tribunal, no reexame de decisão de juizados de pequenas causas, também dela não cabe recurso especial. Com a organização de juizados pelos Estados, em cumprimento à Constituição e com o alargamento do campo de suas competências, o tema tem causado preocupação à Corte Superior, cogitando-se da possibilidade de emenda à Constituição para tornar admissível o recurso, pelo menos quando a decisão do juizado for dissidente de jurisprudência sumulada pelo STJ.

A questão federal há de ter sido apreciada no órgão de segundo grau de jurisdição. Cuida-se do chamado prequestionamento que, sem rigidez, sem filigranas, tais como a exigência de citação de texto de lei, não pode deixar de ser reclamado para o conhecimento do recurso especial. Se a questão federal não foi abordada na decisão recorrida, ou, pelo menos, se sua omissão não foi concertada no exame de embargos declaratórios, certamente há de ser vista como uma questão nova, preclusa, caso fosse possível aflorá-la antes. Em tais circunstâncias, o recurso não reúne condições para ser conhecido.

A primeira das hipóteses constitucionais de recurso especial é a contemplada na letra "a", do inciso III, da norma constitucional regente. O Tribunal ao deparar-se com uma ofensa à lei, seja por contrariá-la frontalmente, seja por deixar de aplicá-la, ou por aplicá-la quando não devia, conhece do recurso e dá-lhe provimento. Em caso contrário, do recurso não conhece. É conhecida a crítica de Barbosa Moreira a essa técnica de decidir, sobretudo pela confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito para



efeito de ação rescisória, contudo, o entendimento correto é o de que, quando o Tribunal não conhece do recurso especial por inexistir ofensa à lei, julga o mérito, sendo, em tese, cabível a rescisória de seu julgado. A prática, antes adotada, pelo Supremo Tribunal Federal, foi acolhida no STJ, porque, de outra forma, todo recurso especial interposto com arguição de contrariedade à lei federal, deveria ter seguimento no juízo preambular de admissibilidade, sem nenhuma possibilidade de uma triagem no próprio juízo de origem, o que é a exigência mínima que se pode fazer para a abertura de uma instância extraordinária.

Faço aqui uma pequena digressão do tema pertinente ao cabimento do especial pela letra "a", para enfocar uma questão constitucional a qual vem sendo dado bastante relevo. Da decisão do STJ de não conhecimento do especial, ou de seu conhecimento e provimento, caberia recurso extraordinário à Corte Suprema, com o argumento de ofensa ao art. 105, III, "a", por contrariedade ou, ao contrário, por inexistência de violação à lei. Quem fizer leitura apressada de decisão do Ministro Carlos Velloso, no Ag. 135.119-5-DF (DJ de 25.10.90), onde ele se posiciona em sentido contrário à assertiva do então Presidente do STJ, Ministro Torreão Braz, de ser incabível recurso extraordinário de acórdão do STJ, pode chegar à conclusão delirante de que o Colendo Tribunal Guardiã da Constituição pode rever qualquer decisão do Superior. Não é este, entretanto, o ponto de vista daquele douto ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça e, hoje, Membro Vitalício do Supremo Tribunal Federal. A sua conclusão naquele provimento foi, em tese, tocante ao cabimento de recurso extraordinário de decisão em que o STJ discute matéria constitucional. Relativamente à questão sobre possível violação, sua compreensão está no voto condutor do julgado harmônico da Segunda Turma do Supremo, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 147.736-9-DF (DJ de 07.05.93), onde pontifica :

*"Começo por afirmar, tal como fiz no Ag. 135.119-5-DF, que, desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais, é cabível recurso extraordinário de decisão do Superior Tribunal de Justiça (C.F., art. 102, III). É que, enquanto o STJ põe-se, segundo a Constituição, como responsável pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum (C.F., art. 105, III, a, b e c), é o Supremo Tribunal Federal o guardião maior da Constituição. Destarte, se o acórdão do STJ discute e decide a matéria constitucional (o que é possível, tendo em vista o controle de constitucionalidade difuso consagrado no nosso sistema constitucional), é cabível, em tese, o extraordinário, já que, nessa matéria, a palavra final é do Supremo Tribunal (C.F., art. 102, III).*

*Mas o que deseja a agravante, aqui, é coisa diversa. Sustenta ela que, tendo o STJ inadmitido o recurso especial, recurso especial que, na ótica da agravante, apresentava “todos os requisitos de sua admissibilidade”, teria violado o art. 105, III, “a”, da Constituição. Decidindo matéria igual, quando do julgamento do Ag. 139.810-8-MG, disse eu que, se prosperasse o argumento da agravante, o Supremo Tribunal Federal passaria, em última análise, a julgar recurso especial. Isto, evidentemente, não é razoável e faria ruir o sistema consagrado na Carta, que reservou o contencioso de direito federal comum para o Superior Tribunal de Justiça (CF., art. 105, III). Por isso, o STJ decide, soberanamente, da ocorrência ou não dos pressupostos do recurso especial, dado que é daquela Corte velar pela inteireza (art. 105, III, “a”), pela autoridade (art. 105, III, “b”) e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum (art. 105, III, “c”). A verificação da ocorrência dos pressupostos constitucionais do recurso especial situa-se no campo infraconstitucional. Na hipótese, por exemplo, de o STJ não conhecer do recurso especial, em razão de interpretação ou compreensão equivocada da matéria sob julgamento, terá ocorrido ofensa direta à norma infraconstitucional, porque a matéria de fundo é de direito federal comum. A ofensa à Constituição, em tal caso, teria sido, quando muito, indireta, o que não é suficiente para a admissão do recurso extraordinário.”*

Em outro recurso, cujo julgamento foi submetido ao Pleno pela Segunda Turma, ao qual me reportarei, adiante, (RE N° 140.752-2 - RJ, DJ de 23.09.94), o Ministro Sepúlveda Pertence, ao votar esclareceu que, em uma série de casos similares, por ele relatados, na Primeira Turma, assim fixou seu entendimento:

*“Não nego, em termos absolutos, que a alegação de ofensa ao art. 105, III, da Constituição Federal, possa servir de base a recurso extraordinário. Este será inadmissível se, para conhecer ou não do recurso especial, a decisão do STJ acaso contenha proposição contrária, em tese, aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou implicitamente por aquele preceito constitucional.*

*O recurso extraordinário não caberá, porém, segundo penso, para reexaminar a correção das premissas concretas da lide ou do processo de que haja partido a decisão do STJ em tese correta”.*

Decorre destas lições da jurisprudência da Suprema Corte que, se o STJ conhecer de recurso especial, por exemplo, de ofensa à lei estadual

estará maltratando a Constituição, o mesmo acontecendo se resolvesse conhecer de recurso especial por ofensa à própria Constituição.

A segunda hipótese de recurso especial (“letra “b”, do permissório) é a menos estudada. Tal fato decorre da inexpressiva existência de recursos com fundamento neste dispositivo. Em cinco anos e seis meses de atuação no Superior Tribunal de Justiça recorde haver participado de apenas um julgamento de especial com esteio nesta via. (Resp nº 31.391-4 - SP, acórdão unânime da Terceira Turma, relator Ministro Eduardo Ribeiro, com esta ementa : “1- Recurso especial - C.F. art. 105, III, “b”. O cabimento do especial, pela letra “b”, supõe que a impugnação à lei local não envolva sua inconstitucionalidade ou a da lei federal. No sistema federativo consagrado pela Constituição, havendo possibilidade de legislação concorrente e cabendo à União estabelecer normas gerais, as leis estaduais, editadas no exercício da competência suplementar, deverão de se conformar àquelas diretrizes gerais. Assim, ainda agindo União e Estado nas respectivas esferas de competência, poderá ser inválida a lei estadual, em virtude de descompasso com a lei federal, verificada a hipótese do artigo 24 da Constituição. 2 - A disposição contida no artigo 19 do C.P.C., determinando que as partes antecipem as despesas relativas aos atos processuais, não impede que os Estados estabeleçam que a taxa judiciária, tributo que lhes é devido, seja exigível a final.”). É verdade que integro desde meu ingresso naquela Corte Turma competente para julgar questões de direito privado, e o mais provável é o surgimento destes recursos em Turmas competentes para apreciar e decidir questões de direito público.

O assunto, entretanto, foi exaustivamente examinado pelo Plenário do STF, em Questão de Ordem, no RE Nº 117.809-4 - PR (DJ de 04.08.89), relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, cujo voto traça, com maestria as lindes entre o recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “b”, e o recurso especial, com suporte no art. 105, III, “b”. Eis a ementa do referido acórdão :

**EMENTA : Constitucional. Processual.**

*I - Recurso extraordinário (Const., art. 102, b ), e recurso especial ( art. 105, III, b): distinção.*

*II - Estado Federal: repartição horizontal e repartição vertical de competência (Raul Machado Horta): conseqüências processuais na distinção entre hipóteses similares, mas distintas, de recurso extraordinário e do recurso especial (CF, arts. 102, III, b e 105 III, b).*

*1. Questão de ordem: competência para julgar RE, admitido pelas letras b e c, do art. 119, III, Const. 1969, porque o acórdão recorrido aplicou lei municipal, de validade contestada em face de lei federal, que a mesma decisão julgou inconstitucional.*

*2. Nem sempre a discussão de validade da lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se à interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade.*

*3. Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra b do art. 102, III, da Constituição.*

*4. Ao recurso especial (art. 105, III, b), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal.*

*5. Questão de ordem que se resolve pela competência exclusiva do STF para apreciar o recurso, dado que se afastou a aplicação da lei federal por inconstitucionalidade “.*

A terceira hipótese tem base na divergência jurisprudencial sobre o direito federal (letra “c”). É o dissídio lavrado na interpretação dos tribunais que oferece à Corte Superior a ensanchar de uniformizar a jurisprudência em torno da matéria. A Lei Maior não diz como ocorre a disceptação, quer apenas que a divergência aconteça entre tribunais diversos, mesmo sendo do mesmo Estado da Federação. Lei ordinária, de absoluta compatibilidade com a Constituição, é que estabelece deva o recorrente fazer a prova da divergência “mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência, que o houver publicado.” (Parágrafo único, do art. 26, da Lei n° 8.038, de 28.05.90). Quanto à demonstração do dissídio costumeiramente qualificada de analítica, trata-se de uma exigência lógica para fins de compreensão da exposição e superação de qualquer dúvida sobre não haver discrepância por serem diversas as situações sobretudo fáticas nas quais foi aplicado o direito.

A propósito de tal ponto, recorro a decisão, antes mencionada, proferida pelo STF no RE N ° 140.752-2 - RJ, em cujo julgamento ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que conhecia de recurso extremo pela

vulneração da alínea “c”, do inciso III, do art. 105, da Constituição, face ao conhecimento de recurso especial “por divergência jurisprudencial inexistente”. Prevaleceu nesta assentada de julgamento o voto do Ministro Francisco Resek, relator para o acórdão, pelos motivos ora reproduzidos em parte :

*“Há um grau variado de exigência - alguém poderia dizer que há um grau variado de tolerância - na técnica com que se reclama, nesta Casa mesmo, a prova da divergência ou o prequestionamento da questão constitucional, entre outros requisitos de conhecimento extraordinário. O rigor em matéria de prova do dissídio pretoriano varia mesmo em dois planos: sob o aspecto formal, documental (a prova líquida da divergência dos autos) e sob o aspecto material (a transparência do conflito de teses jurídicas). No que concerne ao prequestionamento eu diria que a variedade de critérios - sempre guardada estrita fidelidade aos princípios que orientam essa exigência - também é uma constante em nossa história, por uma razão afinal simples. Quando exigimos que a questão tenha sido discutida no Tribunal de origem, é porque o êxito do recurso extraordinário supõe o assentamento, na casa de origem, de uma tese jurídica errada, que o Supremo deva então corrigir. Quem não abordou determinado tema não pode ter, a seu respeito, proferido uma tese jurídica errada. Acontece que às vezes, sem embargo da minimalidade da discussão, transparece a erronia do defeito enquanto tese jurídica.*

*Os membros mais antigos do Tribunal hão de lembrar de uma jurisprudência que era corrente em nosso dia-a-dia, dizendo respeito aos embargos de divergência. É aquela jurisprudência que falava nas “súmulas de caráter instrumental”. Uma súmula assim não podia ser invocada para determinados fins. Não se poderia prestigiar, em Plenário, a insurreição da parte que aqui viesse dizer que, julgando determinado recurso, certa turma foi mais plástica, mais tolerante no enfoque do prequestionamento ou no da demonstração da divergência, do que houvera sido a outra turma. Essas súmulas, por sua natureza instrumental, não se prestavam ao embasamento da idéia da divergência. Algo afinal, coerente com o que todos sabemos: a elaboração de regras condicionantes da cognoscibilidade ou do êxito de um recurso extraordinário varia conforme o momento histórico que esteja a viver certa casa judiciária e o maior ou menor assoberbamento das suas pautas.*

*Na espécie, eu acompanharia o Ministro relator se pudesse dizer que o STJ, sob a relatoria do Ministro Sálvio de*

*Figueiredo, proclamou que não há necessidade de uma interpretação divergente para que se conheça, pela letra c, do recurso especial. Mas ao que tudo indica o que houve foi certo grau de tolerância frente à precária prova da divergência.*

*O que resulta dessa análise é a evidência de que estamos dentro de um domínio instrumental. Aquilo que se poderia dizer de crítico à decisão ora em exame é que, no emprego de regras instrumentais, relativas ao conhecimento do recurso especial por divergência, o Tribunal de origem terá sido um tanto tolerante, porque invocou a notoriedade da divergência para exonerar a parte de uma prova mais consistente do referido dissídio pretoriano.*

*Penso que em caso assim não há espaço para que se fale em afronta à Constituição, em afronta à letra c do inciso III, do art. 105."*

A acompanhar o voto do Ministro Resek, o Ministro Ilmar Galvão destacou:

*"...a Constituição não encerra todas as fontes formais do recurso especial. Limita-se ela, ao revés, a enumerar-lhe os pressupostos materiais (decisões, em única ou última instância, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando contrariem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; quando julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal; ou quando der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal), após estabelecer um pressuposto processual (competência do Superior Tribunal de Justiça para o seu julgamento).*

*As normas sobre os demais pressupostos procedimentais são encontradas em outras fontes formais como o Código de Processo Civil e a Lei nº 8.038, de 28.5.90. O fato não é de causar espécie, pois é o que também ocorre relativamente a outros remédios processuais de índole constitucional, como o mandado de segurança, para só citar um deles."*

Conheço outro julgado da Primeira Turma do STF, em que o tema da violação do artigo 105, III, "c", foi articulado. Refiro-me ao acórdão no Agravo de Instrumento nº 142.522 - RS, de 28.04.92, unânime, relator o Ministro Octavio Gallotti, onde foi assentado : "A extinção do Tribunal Federal de Recursos não invalida a força de padrão de divergência, de modo a ensejar o cabimento de recurso especial (art. 105, III, c, da Constituição)." (RTJ 141/865).

A questão, parece-me, pacífica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Não repassarei, nesta ocasião, os temas pertinentes às questões de fato, ao reexame de provas e à interpretação de cláusulas contratuais, que, como é sabido, refogem ao âmbito do recurso especial. Relembro que a controvérsia sobre a definição jurídica de um ato não é questão de fato, mas uma questão de direito, assim como também é questão de direito um debate sobre direito probatório. E, dentre outros, pode-se considerar como de direito probatório uma discussão a respeito do direito à prova, do ônus da prova, da hierarquia das provas, das presunções legalmente definidas ou do valor da prova, quando estabelecido em lei aquele valor.

Problema com o qual as instâncias extraordinárias têm-se deparado freqüentemente, sendo resolvido, não raro, com alguma dificuldade e, porque não dizer, com certa perplexidade, é o do recurso de duplo fundamento, sendo um constitucional, outro infraconstitucional.

Lembro ser conhecida na doutrina e na jurisprudência a questão inserida na Súmula nº 283 do Supremo: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". Indiscutível o acerto da jurisprudência então predominante na Corte Maior. Se o julgado tem esteio em qualquer um de seus dois ou mais fundamentos, restando um deles inatacado no extraordinário, inócuo seria este recurso final. O mesmo se constata no recurso, da mesma índole, criado para a apreciação do Superior.

Cuidando-se de fundamentos situados fora da Constituição, isto é, no patamar infraconstitucional, nenhuma dificuldade há no STJ para a invocação da Súmula referida. No Resp nº 14.842-0 - RJ, a Terceira Turma decidiu: "Atacada no recurso apenas a questão da legitimidade da parte, para propor embargos de terceiro, tendo o acórdão outro fundamento, decorrente do exame do direito da parte, do especial não se conhece" (DJ de 15.06.92). A Quarta Turma, no Resp nº 16.106-0 - PR, também assim se expressou: "É rejeitável o recurso não abrangente de todos os fundamentos da decisão atacada, quando suficiente cada um. Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial não conhecido." (DJ de 29.06.92).

Até esta linha o problema não exhibe maiores entraves para sua solução. No entretanto, quando há o duplo fundamento, sendo um constitucional, e outro infraconstitucional, o tema se complica.

Interpostos os recursos especial e o extraordinário do acórdão de tribunal regional federal ou de tribunal estadual, fica afastado o risco de preclusão quanto ao questionamento de um dos fundamentos do acórdão. Admitidos ambos os recursos o incidente que pode surgir diz respeito à precedência do julgamento, resolvido pela lei (nº 8.038/90) com a

predominância do convencimento do Ministro relator no Supremo Tribunal. Na prática, de um modo geral, a apreciação do extraordinário fica sobrestada até o julgamento do especial, consoante deliberação da Corte Máxima do País, tomada na 11a. Sessão Administrativa, realizada em 21 de agosto de 1992.

Manifestado do acórdão com duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente para manter o decisório, apenas o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu e está em vias de sumular sua reiterada jurisprudência, não ser possível o conhecimento deste recurso.

A primeira decisão nesse caminho, com objetivo uniformizador, partiu da Primeira Seção, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Pádua Ribeiro, no Resp nº 17.664-0 - SP, aprovada em 18 de fevereiro de 1992, onde foi assentada esta regra :

*“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta-se em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”*

Em Questão de Ordem, no RE Nº 154.062 - SP, aprovada pela Primeira Turma do Supremo em 13 de outubro de 1992, o relator, Ministro Octavio Gallotti, fez uma observação não contrariada pelos demais Ministros, de não ter nenhuma objeção, em tese, aos critérios dispostos pela Primeira Seção do STJ (RTJ 143/1026).

Na verdade, não há discordância da Suprema Corte com relação àquela conclusão e à jurisprudência do STJ. Cito, colhido dentre inúmeros outros acórdãos, um mais recente da Segunda Turma, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 148.190-1 - SP, relator Ministro Francisco Resek, cuja ementa é deste teor :

**“AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU APOIADO EM DUPLO FUNDAMENTO: CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. MOTIVAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA INATACADA. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL: INADMISSIBILIDADE.**

*A existência, no acórdão do tribunal local, de fundamento constitucional - com trânsito em julgado - suficiente por si só para preservar a integridade da decisão de origem torna inviável o recurso especial. Precedente.*

**Agravo regimental não provido.” ( DJ de 01.07.94)**



A matéria, aliás, foi amplamente debatida pelos Ministros do Supremo, em sessão plenária de 02 de setembro de 1993, quando julgado o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 145.589-7 RJ, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. O acórdão respectivo ficou assim ementado :

***“Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa.***

*1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo de recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial, só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária.*

*2. Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita, matéria preclusa.*

*3. Ademais, na hipótese, que é a do caso - em que a solução da questão constitucional, na instância ordinária, constitui fundamento bastante da decisão da causa e não foi impugnada mediante recurso extraordinário, antes que a preclusão da matéria, é a coisa julgada que inibe o conhecimento do recurso especial.” (DJ de 24.06.94).*

Questiona-se agora : pela mesma razão, tendo o acórdão dois fundamentos, um, constitucional, outro infraconstitucional, cada um, de per si, suficiente para a manutenção do julgado, interposto dele apenas um recurso, o extraordinário, este deixará de ser conhecido em virtude da preclusão da matéria legal ? Não conheço nenhuma decisão do Supremo específica a respeito dessa nova questão, mas parece-me já enfrentada situação símile, o que ocorreu no RE N° 121.125 - RJ, cujo acórdão, de 14 de agosto de 1990, da

Primeira Turma, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, porta a seguinte ementa :

*“Recurso extraordinário. Interposição contra a parte unânime de acórdão embargável.*

*1. Recurso extraordinário: interposto pelo vencido contra a parte unânime do acórdão proferido em apelação, não é necessária nova interposição contra a decisão que, em embargos infringentes, ampliou o objeto da condenação, se o provimento do recurso já interposto induziria à improcedência total da demanda.*

*2. Recurso extraordinário. Descabimento. Fundamento suficiente confirmado em recurso especial.*

*Se um fundamento suficiente da decisão recorrida, de base infraconstitucional, já se tornou definitivo, com o julgamento do recurso especial que o impugnara, não se conhece, por perda do objeto, do recurso extraordinário relativo ao outro fundamento do julgado, de alçada constitucional: aplicação do princípio da Súmula 283.”*

Situações extremamente complexas podem surgir em outros casos, como, por exemplo, na concessão parcial de um mandado de segurança, com fundamento constitucional e infraconstitucional tanto na parte do acórdão em que é concedida a ordem como, na outra, em que ela é denegada, cada fundamento bastante para manter a decisão respectivamente em cada parte. O impetrante, vencedor parcial, poderá interpor da fração denegatória da decisão recurso ordinário, com viabilidade de plena discussão da matéria constitucional e infraconstitucional, para o STJ; a parte contrária, ou seja a pessoa jurídica sobre a qual recairá o ônus do cumprimento da decisão, do deferimento parcial poderá manifestar recurso especial para o STJ e, sob pena de fracasso, recurso extraordinário para o STF. Caso o STJ desse provimento ao recurso ordinário concedendo por inteiro o mandado de segurança e não conhecesse do especial ou, ainda, se lhe negasse provimento, estaria prejudicado o extraordinário?, exigir-se-ia, neste caso, a interposição de novo extraordinário da decisão do STJ ou apenas um extraordinário complementar daquele anterior? Creio que o labirinto em que as partes, de repente, são envolvidas, em uma situação como a exemplificada, está a justificar, como dizem alguns, uma purificação do sistema de recursos para as Cortes Superiores.

Apenas para aguçar o espírito dos estudiosos, lembro que a Corte Suprema já decidiu :

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREJUÍZO.  
Ocorre o prejuízo do recurso extraordinário quando, tendo sido*

*interposto simultaneamente o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça haja provido este último, ocorrendo, assim, a substituição do provimento judicial de que cogita o artigo 512 do Código de Processo Civil. A diversidade de enfoques do mesmo tema controvertido veiculada nos citados recursos não afasta o fenômeno previsto na legislação instrumental comum, ou seja, o da substituição. " (Ag.Rg. em Ag. de Inst. n° 140.374-9 RS, unânime, Segunda Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, de 19.11.93, DJ de 13.05.94).*

Situações de difícil solução têm surgido quando o acórdão tem fundamento constitucional em parte dele destacável e infraconstitucional na restante. A dificuldade se concentra tanto no raciocínio acerca da possibilidade de desmembrar-se o julgado em partes como na precedência do julgamento, e, finalmente, nos efeitos de ambos julgamentos, tudo sujeito a juízos distintos.

Só para concluir trago mais um caso concreto, onde é manifesta a dificuldade para a tomada dessas decisões : no julgamento do Resp n° 6.297 - MG a versar sobre uma ação de consignação em pagamento para os fins da anistia de correção monetária prevista no art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o banco credor interpôs recurso extraordinário da concessão do benefício, nas condições em que foi reconhecido o direito, acrescido o pagamento do principal de juros de 12% a.a. e especial por insuficiência dos juros; chamados de "legais" no inciso I, § 3° daquele dispositivo transitório; relator do especial, entendi depender o especial do julgamento do extraordinário, pois se não confirmado o direito à anistia a ação de consignação em pagamento seria julgada improcedente e, do mesmo modo, se não declarado o benefício com os juros de 12 a.a. a ação seria julgada improcedente; o relator do extraordinário, entretanto, entendeu que o julgamento do especial deveria preceder ao julgamento do extraordinário, e, assim, a Terceira Turma, a dar provimento ao especial do banco decidiu que os "juros legais", nos contratos bancários são os juros contratados ...". Mas, ao lado dessa decisão isolada, serão encontradas inúmeras outras em que o STJ entendeu cuidar-se de matéria constitucional, insusceptível de reexame em recurso especial, e serão achados até acórdãos onde o STJ deliberou que os "juros legais", naquele contexto, eram os juros estabelecidos pelo Código Civil.

Dessa realidade a dificultar e retardar a prestação jurisdicional devem ser tiradas algumas lições. O Ministro Moreira Alves, no já citado Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n° 145.589-7 RJ, manifesta-se, de certa forma, desencantado com o sistema atual. Disse ele em seu curto pronunciamento :

*"Sr. Presidente, antes de ser promulgada a Constituição, escrevi artigo em que levantei várias dúvidas sérias a respeito dessa dicotomia que se viria a fazer pela Constituição*

*de 1988. Cada vez mais estou convencido de que foi uma infeliz dicotomia. Os problemas estão surgindo e são problemas complexos.”*

O Ministro Carlos Velloso, na mesma assentada de julgamento, entretanto, trouxe luzes ao debate, ao lembrar :

*“Sr. Presidente, a opção do constituinte de 1988, no que toca aos recursos extraordinário e especial, exigindo a interposição simultânea de ambos, no caso da ocorrência dos dois contenciosos, o de direito federal comum e o de direito constitucional, ficaria bem em sistema que não consagrasse os controles difuso e concentrado.*

*Por isso mesmo escrevi, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988, que o constituinte deveria ter aproveitado a experiência do recurso extraordinário no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do Trabalho. O ideal seria que também o Superior Tribunal de Justiça decidisse os dois contenciosos, quer dizer, a ofensa à Constituição também deveria autorizar a interposição do especial, e só da decisão do Superior Tribunal de Justiça é que seria cabível o recurso extraordinário. Num sistema como o nosso, em que há controle concentrado e controle difuso, creio que esta seria a solução melhor, a evitar a questão agora posta e aquelas outras que acaba se suscitar o eminente Ministro Moreira Alves.”*

Com efeito, entendo que a atribuição ao Superior Tribunal de Justiça para julgar recursos especiais com fundamento em ofensa tanto à lei como à Constituição, à semelhança dos recursos especial para o Tribunal Superior Eleitoral e de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, seria, a curto prazo, a única medida capaz de superar os entraves que se amostam de diversas formas, no presente. No decurso de um período mais longo para reflexões mais profundas e o indispensável debate, dever-se-ia pensar no aprimoramento do Colendo Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, nos moldes de algumas Cortes Européias, na atribuição de efeito vinculante imediato às decisões daquela Corte proferidas em ação direta de inconstitucionalidade ou em um recurso constitucional, acerca de tema que a Corte considerasse relevante, sem embargo da continuidade, por óbvio, do controle difuso de constitucionalidade com alguns ajustes, a respeito dos quais não tenho a pretensão, neste trabalho, de oferecer soluções.

## RECURSO ORDINÁRIO

No campo da jurisdição constitucional das liberdades, participa o Superior Tribunal de Justiça, além das hipóteses com que sua competência originária é contemplada, no julgamento, em recurso ordinário, de ***habeas corpus*** decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão, e de mandados de segurança decididos em única instância pelos mesmos tribunais, de igual modo quando denegatória a decisão.

Esse recurso constitucional surgiu em nosso direito, na Constituição de 1934, cujo artigo 76, II, "a", previa a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar, em recurso ordinário, dentre outras, as causas decididas por juízes e tribunais federais.

A Carta Constitucional de 1937 também previa, no art. 101, aquele recurso, principalmente para as causas de interesse da União, na competência do Pretório Excelso.

A Constituição Federal de 1946, no art. 104, II, dispunha sobre o recurso ordinário para a Corte Suprema nos mandados de segurança denegados em tribunais locais ou federais e nas causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como nos litígios entre Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País.

O Ato Institucional nº 6, de 1969, eliminou aquele recurso mercê da saturação de processos em curso no STF.

Finalmente, foi restabelecido o recurso ordinário para o Supremo e para o Superior, nas condições impostas pela Constituição de 1988, artigos 102, II, e 105, II, respectivamente.

Os defensores do recurso ordinário em mandado de segurança, na ordem constitucional a vigir entre 1946 e 1969, justificavam sua necessidade face à insatisfação com as decisões dos tribunais dos Estados, por vezes subordinadas a conveniências políticas locais. Penso ser esta um argumento ultrapassado.

Sem dúvida, a existência do recurso ordinário deve-se ao prestígio do princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado, indiretamente, no capítulo das garantias fundamentais (art. 5º, inciso LV) e, de forma clara, no capítulo do Poder Judiciário (art. 108, II c/c art. 125).

O homem é falível e as circunstâncias podem fazê-lo arbitrário. É certo que, nos tribunais, o julgamento não é feito de forma unipessoal, em

regra, é o colegiado quem julga. Mesmo assim, o homem não se sente satisfeito com um único julgamento, sem a possibilidade de um apelo final.

Confira-se o que diz a doutrina sobre esse princípio.

Nelson Nery Júnior, em seus "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos" (2a. edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993), nos oferta amplas considerações sobre o assunto, e delas colho estas passagens:

*"O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário." (p. 245).*

*"De outra parte, nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão.*

*Além dessas circunstâncias, há ainda o fato de que o juiz único poderia tornar-se despótico, sabedor de que sobre as decisões não haveria controle algum, conforme sábia advertência de Montesquieu.*

*Nesta linha de raciocínio, o princípio do duplo grau é, por assim dizer, garantia fundamental de boa justiça.*

*Já que o duplo grau é erigido à categoria de garantia fundamental de boa justiça, deve ter lugar de destaque em toda a ordem jurídica. Seguindo essa tendência, os ordenamentos modernos dos povos ocidentais têm previsto referido princípio em suas Constituições." (p. 247).*

O recurso ordinário das decisões denegatórias de ***habeas corpus*** tem lugar quando a medida for decidida em única ou última instância pelos tribunais do segundo grau de jurisdição, quer dizer, nos casos em que a competência daqueles tribunais é originária ou quando o tribunal julga recurso em ***habeas corpus*** requerido no juízo singular.

O mesmo não se dá nos mandados de segurança, porquanto, para que caiba o recurso ordinário, faz-se mister que a decisão denegatória seja proferida em única instância pelo tribunal, isto é, no âmbito de sua competência originária.

Por decisão denegatória, compreenda-se de conformidade com a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça e mesmo pelo Supremo

Tribunal Federal, aquela que não concede o mandado de segurança, seja qual for o motivo, mesmo que não se conheça da ação mandamental ou se a considere incabível. Jurisprudência firme e abundante das Cortes Superiores acolheu esse entendimento.

No tocante à matéria veiculada no mandado de segurança, não há qualquer limitação, tanto pode ser assunto de direito local, como federal, inclusive constitucional, sendo freqüente nos recursos de decisões de tribunais estaduais questões de Direito estadual.

Quanto aos efeitos do recurso tem ele amplo efeito devolutivo, não se podendo opor qualquer obstáculo ao seu envio ao STJ. O mesmo já não se pode dizer do efeito suspensivo, pois é impossível a suspensão de um ato negativo. Em tais casos, quando indispensável uma providência para evitar os efeitos do ato atacado no **habeas corpus** ou na ação mandamental, a solução está na medida cautelar incidental, em princípio, admissível. De mais a mais, é da índole do **habeas corpus** e do mandado de segurança a imediata eficácia das decisões neles proferida, o que em caso de provimento positivo conduz à sua pronta execução.

O recurso ordinário nas causas previstas no art. 105, II, "c", da Constituição, é intitulado apelação (art. 36 da Lei nº 8.038/90), segundo antes acentuado, e tem, porque nada dispõe em contrário, efeito suspensivo.

O recurso ordinário e a denominada apelação, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, guardam observância às regras do Código de Processo Civil.