

## RECURSOS ORDINÁRIO, EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL NA INTERPRETAÇÃO DO STF E DO STJ

Milton Flaks  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### INTRODUÇÃO

1. Cuidando da organização do Poder Judiciário, o legislador constituinte de 1988 preocupou-se com a denominada "crise do Supremo Tribunal Federal", isto é, o aumento a cada ano da pirâmide de feitos não julgados, demonstrando ser impossível a apenas onze Ministros, independentemente de sua maior ou menor operosidade, dar conta da enorme massa de processos encaminhados àquela Corte.

2. Entre as várias fórmulas sugeridas para resolver o problema, fez as seguintes opções:

1ª Rejeitou proposta do Supremo Tribunal Federal no sentido de manter íntegra a sua competência, desde que o recurso extraordinário passasse a ser admitido exclusivamente nas hipóteses de contrariedade à Constituição ou reconhecimento da relevância da questão federal. Neste passo, atendeu ao clamor dos círculos jurídicos, inconformados com o final abolido instituto da "arguição de relevância", na medida em que autorizava o STF, em conselho reservado e sem fundamentação, decidir sobre quais as causas que ele próprio deveria julgar.

2ª Cometeu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de zelar pela supremacia da Constituição. Nada obstante, "vergado ao peso dos resíduos históricos", na expressão feliz cunhada por BARBOSA MOREIRA, manteve na competência do STF certas causas ou recursos que não se compatibilizam com as funções de uma verdadeira Corte Constitucional, gerando os problemas adiante apontados.

3ª Instituiu um segundo Tribunal da Federação - o Superior Tribunal de Justiça - com a missão de preservar a integridade, a autoridade e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, além de outras atribuições, até então da competência do próprio STF ou do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Prudentemente, o legislador constituinte, para obviar uma possível e futura "crise do Superior Tribunal de Justiça", fixou o número mínimo de Ministros (33), de modo que a qualquer tempo, mediante iniciativa da Corte e simples lei ordinária, a sua composição numérica poderá ser modificada, facultando a duplicação ou triplicação das Turmas e Seções Especializadas.

4ª Subdividiu o antigo Tribunal Federal de Recursos em, inicialmente, cinco Tribunais Regionais Federais, com a incumbência de servirem de Corte de Apelação no âmbito da Justiça Federal.

5ª Reservou o recurso extraordinário para as questões de índole constitucional de competência do Supremo Tribunal Federal, e criou o *recurso especial* para as questões de índole infraconstitucional de competência do Superior Tribunal de Justiça, apelos extremos esses que a doutrina passou a denominar de *recursos excepcionais*, pelas características próprias que os distinguem dos chamados *recursos ordinários*.

3. Como já assinalado, o legislador constituinte manteve na competência do STF algumas causas ou recursos que podem envolver questões de direito federal infraconstitucional (litígios entre a União e Estados-membros, ou entre estes; mandado de

segurança contra atos de certas autoridades; recurso ordinário em mandado de segurança, etc.). Sucede que, em regra, o Superior Tribunal de Justiça é a instância última para resolver tais questões.

É possível, assim, que decidindo causas ou recursos outros que não o extraordinário, o STF venha a firmar jurisprudência diametralmente oposta à do STJ, na interpretação do mesmo texto legal, frustrando um dos principais objetivos do recurso especial: a uniformidade na aplicação do direito federal, já que inexistente um instrumento que possibilite a uniformização da jurisprudência de ambas as Cortes em matéria infraconstitucional.

Ressalvada a hipótese de consenso, uma cedendo aos argumentos da outra, interpretações contraditórias poderão se perpetuar, confundindo as partes e levando-as à incerteza do seu direito.

4. Por outro lado, ao disciplinar os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, estabeleceu que, interpostos simultaneamente os recursos extraordinário e especial, o julgamento deste terá precedência sobre o daquele, salvo se o extraordinário prejudicar o especial, hipótese em que a ordem de precedência será invertida. Cabe aos respectivos relatores, no STJ e no STF, resolver sobre a existência ou não da prejudicabilidade, prevalecendo, no caso de conflito de opiniões, a decisão que for adotada no Supremo Tribunal Federal (art. 27).

5. Sucede que o Superior Tribunal de Justiça vem ampliando o conceito de prejudicabilidade, ao dar inequívoca precedência à questão constitucional sobre a questão infraconstitucional. É o que se apura de recente aresto assim ementado:

"Recurso especial. Julgamento dependente de decisão do Supremo Tribunal Federal em agravo de instrumento, objetivando a subida de recurso extraordinário. Quando ocorre.

I - O acórdão impugnado acha-se apoiado, basicamente, em fundamento constitucional (inocorrência de violação ao princípio da isonomia) e fundamento infraconstitucional (interpretação restrita do art. 6º do Decreto-lei nº 2.434, de 1988). Nessa hipótese, só se o Supremo entender que não houve ofensa ao princípio da isonomia, com o desprovimento do agravo de instrumento ou não conhecimento ou desprovimento do recurso extraordinário, é que aflora a oportunidade desta corte julgar de forma eficaz o recurso especial: dando-lhe provimento, decide a favor do contribuinte; negando-lhe provimento, em prol da União.

II - Sobrestamento, no caso, do julgamento do recurso especial, até que o Supremo Tribunal decida o agravo de instrumento, interposto do despacho denegatório da subida do recurso extraordinário manifestado pelo contribuinte" (Resp nº 19.017, ac. un. 2ª T., DJ de 13.4.92).

6. Nada impede, porém, que o Supremo Tribunal Federal desenvolva raciocínio igual, mas diametralmente oposto: só se o recurso especial for desprovido é que se abrirá a oportunidade para exame do recurso extraordinário, mesmo porque o provimento do primeiro prejudicará o segundo, pois o recorrente já terá atendida a sua pretensão. Como o entendimento do STF prevalece, nos termos do art. 27 da Lei nº 3.038, o STJ terá de rever a decisão antes mencionada. Supondo-se que isso ocorra - e tudo indica que venha a ocorrer -, o desencontro entre as duas Cortes sobre o conceito de prejudicabilidade só servirá para prostrar, não se sabe por quanto tempo, a entrega da prestação jurisdicional.

7. Acresce que vários preceitos da Constituição encontram-se reproduzidos, praticamente *ipsis verbis*, em leis de menor hierarquia, v.g.: a proibição de prova ilícitamente obtida (CF, art. 5º, nº LVI; CPC, art. 332, *a contrario sensu*); o princípio da

irretroatividade da lei (CF, art. 5, n XXVI, LICC, art. 6). Tal circunstância autoriza que as partes se utilizem, simultaneamente, dos recursos extraordinário e especial, fundamentados em dispositivos diferentes, mas versando idêntica tese de direito.

9. Em regra, as partes se valem de ambos os recursos porque lhes assegura uma dupla oportunidade de êxito, visto que, se a tese não for acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, poderá obter acolhimento no Supremo Tribunal Federal. Por vezes, todavia, a interposição simultânea impõe-se *ad cautelam*.

10. É o caso, por exemplo, da sentença que ofende a coisa julgada. A jurisprudência do STF, a esse respeito, é vacilante: ora entende que o desrespeito à *res iudicata* não se alça em nível constitucional, uma vez que o comando da Constituição se dirigiria apenas ao legislador ("a lei não prejudicará..."), ora sustenta que se alça, considerando que a sentença não deixa de ser "lei entre as partes" (opinião que ultimamente vem prevalecendo). Em hipóteses como esta, em que a diretriz da Suprema Corte mostra-se cambiante, o recurso especial com fundamento em norma infraconstitucional (no caso, o art. 471 do CPC), não será mais uma simples conveniência, mas sim uma cautela indispensável.

11. Todas essas circunstâncias, aliadas à dúvida que ainda persiste sobre qual dos recursos excepcionais é cabível em determinada hipótese prevista no art. 105 da vigente Lei Maior, conforme à frente se expõe, recomendam que numa próxima revisão constitucional:

1º) O STF seja convertido em verdadeira Corte Constitucional, transferindo-se algumas de suas atribuições, incompatíveis com essa qualidade, para o novo Tribunal da Federação. Com isso, completar-se-á a obra de transformação iniciada pela Carta de 1988 e se evitará, tanto quanto possível, conflito de entendimento com o STJ em questões jurídicas infraconstitucionais.

2º) Todos os recursos, no âmbito da Justiça comum, sejam interpostos diretamente para o STJ, cabendo de suas decisões recurso extraordinário para o STF, se remanescente alguma questão de índole constitucional.

12. Dir-se-á que a fórmula proposta implica na criação de uma quarta instância, substitutivo aqui empregado no sentido de reiteração de julgamento. A prática demonstrou, todavia, que a interposição simultânea dos recursos extraordinário e especial em nada aproveita às partes, em termos de celeridade processual, uma vez que, de qualquer modo, um sempre fica sobrestado, na dependência da solução que se der ao outro; ao contrário, como já demonstrado, não raro serve para distender a relação processual.

Note-se, ainda, que o sistema já existe no âmbito das Justiças especializadas (trabalhista, eleitoral e castrense), nas quais o acesso à Suprema Corte é condicionado a que o processo passe previamente pelo crivo dos respectivos Tribunais Superiores.

Pode-se admitir, no entanto, que o recurso seja interposto das decisões dos tribunais de segundo grau diretamente para o Supremo Tribunal Federal, *per saltum*, quando a questão versada for *exclusivamente* de índole constitucional.

13. Feitas essas considerações introdutórias, é tempo de passar ao exame do tema proposto: os recursos ordinário, extraordinário e especial, dando-se ênfase ao modo pelo qual vêm sendo construídos pela jurisprudência do STF e do STJ.

## RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

14. Costuma a doutrina denominar de *recurso ordinário constitucional* o previsto nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal. Observe-se, no entanto, que a Lei nº 8.038

denomina de apelação - como já era tradicional - o recurso em causas nas quais foram partes, de um lado, Estados estrangeiros ou organismos internacionais, e, de outro, Municípios ou pessoas residentes ou domiciliadas no País (art. 105, II, c). No particular, a única novidade foi o deslocamento, do STF para o STJ, da competência para julgá-la. Abstraidas as causas criminais, impende destacar as outras inovações introduzidas pela Carta de 1988.

15. Consoante o texto constitucional, compete:

a) ao Supremo Tribunal Federal, julgar em recurso ordinário o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) ao Superior Tribunal de Justiça, julgar em recurso ordinário os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, também se denegatória a decisão.

16. Da simples leitura do texto conclui-se:

a) não cabe recurso ordinário no âmbito das Justiças especializadas, salvo das decisões de seus Tribunais Superiores para o Supremo Tribunal Federal;

b) não cabe recurso ordinário em *habeas data* e *mandado de injunção*, ressalvados os de competência originária do Superior Tribunal de Justiça.

17. Tendo restabelecido o recurso ordinário em mandado de segurança (existente inclusive na Carta de 1967, mas suprimido desde o A.I. nº 6/69), não se compreende que o legislador constituinte não o tenha estendido aos outros dois *writs* constitucionais, quando denegados em única instância pelos tribunais de segundo grau. Só se pode atribuir o fato a uma omissão involuntária, considerando-se que admitiu tal recurso quando o *habeas data* e o mandado de injunção são denegados pelo Superior Tribunal de Justiça.

18. Acresce que o administrado podia obter, através do mandado de segurança, o conhecimento de informações ou a retificação de dados constantes de registros públicos. Os atos administrativos, de um modo geral, são sempre documentados, de modo que a prova pré-constituída existiria, ou em poder do impetrante, ou na própria repartição estatal.

Succede que a vigente Lei Maior delimitou o âmbito do mandado de segurança por exclusão, estabelecendo que será concedido para proteger direito líquido e certo "não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*" (CF, art. 5º, nº LXIX). Assim sendo, se prevalecer uma interpretação literal, o direito à informação e à retificação de dados passou a ser protegido apenas pelo novo instrumento. É mais uma razão de inconformismo diante da omissão do legislador constituinte.

19. Divide-se a doutrina entre os que sustentam a conveniência (CARLOS VELLOSO) e a desnecessidade (CELSO BARBI) do recurso ordinário em mandado de segurança. Os seus defensores argumentam que visa proteger o impetrante contra possíveis pressões, tendo em vista que os mandados de segurança de competência dos Tribunais de Justiça, em regra, envolvem atos de altas autoridades ou de seus próprios órgãos dirigentes<sup>1</sup>.

Ocorre que o mandado de segurança contra atos jurisdicionais, admitido pela jurisprudência em face de "decisões teratológicas" capazes de causar dano irreparável ou de difícil reparação, também se insere na competência originária dos tribunais. Receou-se que o Superior Tribunal de Justiça sucumbisse diante de uma plethora de recursos ordinários, uma vez que a Constituição nenhuma ressalva faz quanto ao objeto do pedido.

Felizmente, isso não ocorreu. É que o impetrante do mandado de segurança contra ato jurisdicional persegue, sempre, medida liminar que dê efeito suspensivo ao recurso que não o tenha. Se a liminar não é concedida, ou vem a ser cassada na decisão denegatória,

geralmente o impetrante perde o interesse, mesmo porque o mais provável é que o recurso específico venha a ser julgado antes do recurso ordinário.

20. Na vigência da Carta de 1946, que criou o recurso ordinário na sua forma mais ampla, alguns autores sustentaram que ele só era cabível se houvesse questão de direito federal (PONTES DE MIRANDA, JOÃO DE OLIVEIRA FILHO). Esta opinião não prosperou, prevalecendo a de que o recurso era adequado ainda que no mandado se tivesse decidido sobre direito estadual ou municipal (FREDERICO MARQUES, CASTRO NUNES)<sup>2</sup>.

Presentemente, domina o entendimento de que, denegado o mandado de segurança em instância única, o recurso cabível é sempre o ordinário, sendo desinfluyente que a decisão verse sobre direito constitucional, federal, estadual ou municipal<sup>3</sup>.

Recorde-se, a propósito de direito municipal, que várias Constituições estaduais incluíram na competência originária dos Tribunais de Justiça o julgamento de mandados de segurança contra atos dos Prefeitos das Capitais (no Estado do Rio de Janeiro, também os dos Municípios de maior densidade demográfica). Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça poderá ser chamado a se pronunciar sobre direito legislado pelos Municípios.

É fundamental ter em mente a amplitude com que é admitido o apelo de que ora se cuida, uma vez que os tribunais *ad quem* vêm aplicando com rigor a Súmula nº 272 do STF, segundo a qual "não se admite como ordinário recurso extraordinário (leia-se, também, especial) de decisão denegatória de mandado de segurança". Recusam-se a se valer do *princípio da fungibilidade*, sustentando que a troca do recurso cabível por outro importa em "erro inescusável"<sup>4</sup>.

21. Restabelecido o recurso ordinário em mandado de segurança, pela Carta de 1988, sustentou-se em sede doutrinária que ele só seria cabível das decisões denegatórias que enfrentassem o mérito (CALMON DE PASSOS)<sup>5</sup>. Este entendimento chegou a ser respaldado por alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, mas se mostra superado pela jurisprudência mais recente, quer daquela Corte, quer do Supremo Tribunal Federal, este na linha de antigos precedentes<sup>7</sup>.

Cabe o recurso ordinário, portanto, ainda que o *writ* venha a ser indeferido pela ausência de algum dos pressupostos que autorizam o seu emprego (legitimidade, tempestividade, direito líquido e certo, etc.). Só não cabe o indeferimento *for in limine*, pelo Relator. Neste caso, os precedentes do STJ impõem que o impetrante interponha, primeiro, agravo regimental, pois só admite o recurso contra decisão de órgão colegiado<sup>8</sup>.

22. Se o mandado de segurança for concedido apenas parcialmente, cabe recurso ordinário do impetrante para obter o *plus* que lhe foi negado. O sujeito passivo, por seu turno, poderá interpor recurso extraordinário, especial ou ambos, conforme as circunstâncias, pleiteando a reforma da decisão na parte em que favoreceu ao impetrante. Esta possibilidade deu origem à Súmula nº 299 do STF, estabelecendo que "o recurso ordinário e o extraordinário (leia-se, também, especial) interpostos no mesmo processo, ..., serão julgados conjuntamente..."

No Superior Tribunal de Justiça, se o acórdão versar algum tema constitucional, poderá, ainda, caber recurso extraordinário: do impetrante, se desprovido o seu recurso ordinário; do sujeito passivo, se provido o aludido recurso.

23. O recurso ordinário tem efeito suspensivo e devolutivo. O efeito suspensivo, salvo quanto à exigência dos eventuais ônus da sucumbência, em nada aproveita ao impetrante, uma vez que não converte, em concessiva a decisão denegatória, nem restabelece a liminar que tenha sido cassada em decorrência do julgamento desfavorável (STF, Súmula nº 405). O efeito devolutivo, porém, é amplo, autorizando que o tribunal *ad quem* reexamine não só a

matéria de direito, como também a matéria de fato (o que não ocorre com os recursos excepcionais)<sup>9</sup>.

24. Determina a Lei nº 8.038 que se aplique ao recurso ordinário civil as regras relativas à apelação, quanto à admissibilidade e ao procedimento, o que inclui os prazos para interpor e responder (a lei, em verdade, só se refere ao recurso ordinário em mandado de segurança para o STJ, mas tem-se estendido o preceito, por analogia, a todos os recursos ordinários civis).

A analogia, desta feita com os recursos excepcionais, supre outra omissão da lei: cabe à Presidência do tribunal *a quo* receber e processar o recurso ordinário. O juízo de admissibilidade, entretanto, fica adstrito ao cabimento, em tese, do recurso e ao atendimento dos pressupostos processuais: legitimidade recursal, tempestividade, preparo (quando devido), etc.

## RECURSOS EXCEPCIONAIS

25. Em seus arts. 102 e 105, preceitua a Constituição que caberá:

a) recurso extraordinário, para o STF, nas causas decididas em única ou última instância, *tout court*;

b) recurso especial, para o STJ, nas causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

26. Confrontando o texto atual com o texto da Carta anterior, vem se firmando na doutrina a opinião de que cabe recurso extraordinário nas *causas de alçada* e nas *pequenas causas* (revogada a Súmula nº 527 do STF), desde que a decisão verse tema constitucional e sejam esgotados os recursos ordinários cabíveis: embargos infringentes, nas causas de alçada; recurso inominado, no Juizado de Pequenas Causas<sup>10</sup>.

Recorde-se que, sob o regime anterior, para que não lhe fosse interceptado o exame de eventual afronta à Constituição, o STF admitia apelação nas causas de alçada, sempre que o julgado envolvesse tema constitucional. O legislador constituinte nada mais fez do que admitir o recurso extraordinário *per saltum*, dispensando a parte de recorrer, primeiro, ao tribunal de segundo grau.

É certo que o STF ainda não se pronunciou a respeito<sup>11</sup>. Por outro lado, as causas de alçada perderam relevância, com a revogação da Lei nº 6.825, de 1980 (dispunha sobre os recursos no âmbito da Justiça Federal) pela Lei nº 8.197, de 27.6.91.

Atualmente, as causas de alçada subsistem, no ordenamento jurídico pátrio, apenas em execução fiscal, uma vez que permaneceu íntegro o art. 34 da Lei nº 6.830/80, mesmo assim com o valor nele indicado corroído pela inflação, desde o congelamento e a extinção do BTN (fator de indexação que substituiu, afinal, as ORTNs e as OTNs).

Pode gerar uma certa perplexidade a circunstância de a Lei nº 8.038 preceituar que o recurso extraordinário será interposto perante o Presidente do Tribunal recorrido. Mas essa perplexidade também existiu sob o Código de 1939, orientando-se a jurisprudência no sentido de que deveria ser interposto perante o próprio juiz da causa de alçada, até que a Lei nº 3.396, de 1958, espancando as últimas dúvidas, incorporou tal orientação ao direito positivo.

27. Nas causas de alçada, porém, não cabe recurso especial, uma vez que este pressupõe decisão, de única ou última instância, de tribunal de segundo grau.

Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça, não se considera como tribunal de segundo grau o colegiado que julga recursos no Juizado de Pequenas Causas, motivo porque também estas não comportariam o recurso especial.

28. Em tema de decisão final, o STF e o STJ vêm mantendo o entendimento de que:

a) não cabem recursos excepcionais de decisão suscetível de embargos infringentes no tribunal *a quo* (STF, Súmula nº 281)<sup>12</sup>;

b) como não cabem em embargos infringentes em mandado de segurança (STF, Súmula nº 597), os recursos excepcionais devem ser interpostos contra o acórdão que julga a apelação, ainda que adotado por maioria de votos<sup>13</sup>.

c) em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso excepcional interposto, após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida (STF, Súmula nº 355)<sup>14</sup>;

d) a decisão que enseja a interposição do recurso extraordinário ou especial não é a do plenário ou órgão especial que resolve o incidente de inconstitucionalidade (leia-se, também, por analogia incidente de uniformização da jurisprudência), mas a do órgão fracionário que completa o julgamento do feito (STF, Súmula nº 513).

Observe-se, a propósito, que o STF e o STJ não costumam conhecer de recursos extemporâneos, se não forem ratificados na oportunidade própria.

29. Recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em reiterados arestos, passou a dar um sentido restritivo à expressão constitucional "causas decididas". Segundo o seu entendimento, só comportariam recursos excepcionais as decisões que extinguissem o processo, com ou sem julgamento do mérito<sup>15</sup>.

Se prevalecesse, as decisões proferidas em agravo de instrumento necessariamente interlocutórias, ficariam a salvo dos recursos extraordinário e especial. Como o agravo de instrumento objetiva corrigir *error in procedendo*, a consequência de tal diretriz seria autorizar cada Tribunal Regional Federal, cada Tribunal de Justiça, cada Tribunal de Alçada, a construir as suas próprias normas de procedimento, à falta de um recurso que permitisse sanar eventuais distorções, ainda que afrontando a Constituição ou as leis processuais.

Além disso, esse entendimento romperia com tradição centenária, que deita raízes na Carta de 1891: a doutrina e a própria jurisprudência do STF sempre entenderam, uniformemente, que *causa decidida* é qualquer questão jurídica enfrentada por um órgão jurisdicional, no curso do processo, não importa se preliminar, definitiva ou interlocutória, desde que contra a decisão não caiba nenhum recurso ordinário<sup>16</sup>.

Para demonstrar o contra-senso de tal diretriz, basta figurar duas hipóteses: não caberia recurso excepcional contra a decisão que admitisse nos autos prova ilícitamente obtida, apesar de vulnerar a Constituição e o Código de Processo Civil; caberia recurso especial contra a decisão que extinguisse o processo por ilegitimidade da parte, mas não caberia contra o despacho saneador, confirmado em agravo de instrumento, que considerasse a parte legítima.

Corretamente, a própria Primeira Turma reverteu essa posição<sup>17</sup>, que podia ser atacada mediante recurso extraordinário, na medida em que criava uma restrição não prevista no texto constitucional; acompanhou as demais Turmas do STJ que vinham e vêm examinando tranqüilamente recursos especiais contra acórdãos adotados em agravo de instrumento, sem sequer levantarem a aludida preliminar de não conhecimento.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

30. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (CF, art. 102, III):

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

31. Para conhecer do recurso pela alínea "a", exige a Suprema Corte:  
a) que ofensa a preceito constitucional seja direta e não oblíqua, que ocorre quando, para afirmar a contrariedade à Constituição, tem-se, antes, de demonstrar ofensa à lei ordinária<sup>18</sup>.

- b) que a arguição seja razoável.

Não obstante, o STF utiliza-se de uma técnica censurável, sob uma ótica científica rigorosa, e freqüentemente censurada pela doutrina (BARBOSA MOREIRA): ou não conhece do recurso; ou conhece do recurso para dar-lhe provimento. O correto seria conhecer do recurso, se a arguição fosse razoável; e negar-lhe provimento, se os argumentos do recorrente não convencessem da alegada inconstitucionalidade<sup>19</sup>.

Como resultado dessa confusão entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, o STF foi obrigado a adotar soluções igualmente criticáveis, ainda sob uma ótica científica rigorosa:

a) considera-se competente para a ação rescisória quando, mesmo não conhecendo do recurso extraordinário, apreciou a questão federal controvertida (Súmula nº 249);

b) conhece do recurso adesivo, entendendo inaplicável o art. 500 do CPC, se o recurso extraordinário deixou de ser conhecido por questões de fundo, e não apenas em virtude de preliminares processuais<sup>20</sup>.

32. Cabe o recurso extraordinário pela alínea "b", se a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. É um pressuposto objetivo, visto que a simples declaração de inconstitucionalidade autoriza a interposição do apelo extremo, embora não dispense o recorrente de fundamentá-lo, para atender ao disposto no art. 26, nº III, da Lei nº 8.038.

Por tratados entende a Suprema Corte os celebrados com Estados estrangeiros ou organismos internacionais e incorporados ao direito positivo pátrio em virtude de sua aprovação pelo Congresso Nacional. Ficam excluídos, portanto, os convênios celebrados entre a União e os Estados-membros, ou entre a União e os Municípios (consórcios).

O conceito de lei federal compreende decretos e regulamentos editados pela União, mas nele não se incluem os Regimentos Internos adotados pelos Tribunais Federais ou pelas Casas do Congresso.

Caso a decisão recorrida declare a *constitucionalidade* de tratado ou lei federal, a parte sucumbente poderá interpor recurso extraordinário pela alínea "a", pois tanto vulnera a Constituição o decisório que aplica dispositivos constitucionais indevidamente, como o que deixa de aplicá-los.

33. Pela alínea "c", finalmente, cabe recurso extraordinário contra a decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição. Não há necessidade de que seja uma norma genérica: pode ser um ato individual ou especial, produzido pelo Estado-membro ou Município, desde que vulnere diretamente qualquer dos preceitos da Lei Maior.

Consoante doutrina tradicional e precedentes da Suprema corte, só cabe o apelo extremo se a decisão julgar válida a lei ou o ato contestado. Se concluir pela *invalidade*, não caberá recurso algum. Sustenta-se que, neste caso, não existirá uma *questão federal*, mas uma *questão de direito local*, em que a Justiça dos Estados decide soberanamente<sup>21</sup>.

Não se afigura lógica a solução. Se a Justiça estadual aplica indevidamente a Constituição para invalidar uma lei ou ato de governo local, não deixa de contrariar a Lei Maior, o que ensejaria o recurso pela alínea "a" do art. 102.

## RECURSO ESPECIAL

34. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais de segundo grau da Justiça comum, quando a decisão recorrida:

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

35. Oportuno sublinhar, desde logo, que o STJ não pode conhecer - e sistematicamente não tem conhecido - de recursos especiais em que a parte, direta ou obliquamente, argui apenas a inconstitucionalidade de lei federal.

Nada o impede, todavia, em conhecendo do recurso por outros fundamentos, declarar *ex officio* a inconstitucionalidade da lei em que se baseou a decisão recorrida, prerrogativa que já lhe foi reconhecida inclusive em precedente do Supremo Tribunal Federal (RTJ 132/103). Com efeito, não se pode exigir de nenhum órgão jurisdicional que aplique ou interprete uma lei que ele próprio considera írrita, por contrariar preceitos da Constituição.

35. No que concerne à alínea "a" - contrariar ou negar vigência à tratado ou lei federal - vale o que foi dito quando se cuidou do recurso extraordinário, inclusive no tocante ao conceito de lei federal e à censurável confusão que também o STJ faz, seguindo as pegadas do STF, entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito<sup>22</sup>.

36. Relativamente à alínea "b", pode ocorrer que se questione apenas sobre se existe realmente um conflito entre a lei federal e a lei local, hipótese de recurso especial. Mas se a questão é colocada em termos de inconstitucionalidade, argumentando-se que a lei federal teria invadido competência privativa do Estado-membro ou do Município?

Na segunda hipótese, as opiniões se dividem. Parte da doutrina sustenta que o alegado conflito entre a lei federal e a lei local, ainda que colocado em termos constitucionais, autoriza, sempre, recurso para o Superior Tribunal de Justiça. De sua decisão é que caberia, eventualmente, o recurso extraordinário.

Outros doutrinadores, todavia, defendem a tese de que o tema constitucional deverá ser objeto de recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal. Admitem a interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial, se o recorrente sustentar, por exemplo, que não há conflito, mas mesmo que houvesse, a lei federal seria inconstitucional.

Precedente do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, endossa a segunda tese, isto é, a do cabimento imediato do recurso extraordinário (RTJ 129/456). Embora se afigure mais ajustada à sistemática constitucional, a diretriz não é tranqüila, uma vez que os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO vêm manifestando o seu

inconformismo, por entenderem que, no caso de conflito entre lei federal e local, a hipótese é de recurso especial, sendo desinfluyente o seu fundamento<sup>23</sup>.

37. Nos termos da Lei nº 8.038, o dissídio de interpretação, que autoriza o recurso especial pela alínea "c", deverá ser comprovado mediante certidão ou indicação precisa do órgão oficial ou repertório autorizado que haja publicado o acórdão paradigma, sendo que o RISTF impõe ao recorrente, ainda, que transcreva os trechos que configurem a divergência e descreva as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Numerosos recursos especiais vêm sendo indeferidos, de plano, porque os recorrentes desatenderam a essas exigências.

Em tema de dissídio, firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que:

1º) Se os acórdãos divergentes versarem apenas temas constitucionais, a hipótese não é de recurso especial, mas de recurso extraordinário, servindo o aresto paradigma apenas como subsídio<sup>24</sup>.

2º) Decisões do antigo Tribunal Federal de Recursos não se prestam a confronto com acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, visto que estes resultaram da subdivisão daquele, incorporando o seu acervo jurisprudencial à respectiva jurisprudência<sup>25</sup>. Seguindo o mesmo raciocínio, os arestos do TFR se prestam a confronto com acórdãos dos Tribunais de Justiça ou de Alçada, como se prestariam as decisões dos atuais Tribunais Regionais Federais.

## PROCEDIMENTO E TÉCNICA DE INTERPOSIÇÃO

38. Finalizando esta exposição, algumas rápidas observações sobre o procedimento e a técnica de interposição dos recursos excepcionais.

O Supremo Tribunal Federal sempre foi rigorosíssimo na aplicação de certas regras técnicas, várias convertidas em jurisprudência sumulada, regras essas que, uma vez desatendidas, inviabilizam *in limine* o conhecimento do apelo extremo. Compreende-se: é mais fácil indeferir um recurso porque determinada regra foi descumprida, do que enfrentar a tese de direito formulada pelo recorrente.

Lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça (que de início mostrou-se mais liberal), talvez pelo acúmulo de serviço, passou a seguir os passos da Suprema Corte. Com isso, os recursos excepcionais transformaram-se em instrumentos quase esotéricos, ao alcance de uns poucos profissionais iniciados, já que não se perdoa a menor falha no cumprimento das numerosas normas que regem a interposição<sup>26</sup>.

*Commoditatis causa*, as duas Cortes olvidam que a sua missão consiste em verificar se houve erro de direito, quer *in iudicando*, quer *in procedendo*, visto que não lhes é dado cogitar do erro de fato. A razão disto - como notou CARNELUTTI, referindo-se à Corte de Cassação italiana - é que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Circunscrito a determinada causa, o erro de fato não transcende os seus limites, enquanto que o erro de direito contamina os demais juízos, na medida em que serve de precedente judiciário<sup>27</sup>.

39. Das três normas técnicas que, no passado, ensejaram o sumário indeferimento da grande maioria dos recursos excepcionais, uma está superada, mas as outras duas subsistem, continuando a ser utilizadas, até com excessivo rigor, quer pelo Supremo Tribunal Federal, quer pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mostra-se superada a Súmula nº 400, segundo a qual a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não enseja o recurso excepcional. A Corte Suprema já entendia e continua entendendo que o verbete não se aplica aos casos de contrariedade à Constituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, chegou a aplicá-la umas poucas vezes, mas ultimamente a está desprestigiando.

40. Subsiste, todavia, a Súmula nº 284, que alude à fundamentação deficiente, aplicada com extremo rigor, apesar da ressalva que ela própria faz: "quando a fundamentação deficiente não permitir a exata compreensão da controversia".

Conforme entendimento dominante em ambas as Cortes - ressalvados uns poucos Ministros mais liberais - considera-se fundamentação deficiente se o recorrente não indica precisamente, não só o dispositivo constitucional em que se fulcra o recurso, com o também os textos legais que sustenta terem sido vulnerados<sup>28</sup>.

Dessa forma, se o recorrente, por exemplo, apoiar o recurso especial na alínea "c", mas não comprovar o dissídio do modo prescrito na lei e no regimento interno, o STJ não conhecerá do seu apelo, ainda que entenda que poderia ser admitido pela alínea "a" - contrariedade à lei federal.

41. Subsiste, igualmente, a Súmula nº 356, que impõe o prequestionamento, igualmente aplicada em ambas as Cortes sem contemplações. Entende-se que há o prequestionamento.

a) quando o acórdão versa, *ex officio* ou mediante provocação das partes, a questão federal controvertida;

b) quando o acórdão se omite sobre a questão federal controvertida, apesar de arguida nas razões do recorrente ou na resposta do recorrido, mas neste caso só se a parte interessada opuser embargos declaratórios.

Não se considera prequestionada a questão federal ventilada nas próprias razões do recurso excepcional ou nos embargos declaratórios, nestes salvo numa única hipótese: nulidade ocorrida durante o próprio julgamento (v.g., pauta irregularmente aplicada). Arestos mais recentes vêm impondo que a parte prejudicada, antes de recorrer excepcionalmente, oponha embargos de declaração, com caráter nitidamente infringentes, sem o que não estará configurado o prequestionamento<sup>29</sup>.

No particular, apenas uma pequena abertura tem sido observada: para alguns Ministros, em tema de prequestionamento, basta que o acórdão recorrido verse a questão federal. Não mais exigem, como até há pouco tempo, que o aresto mencione especificamente o dispositivo legal tido como violado<sup>30</sup>.

## NOTAS

(1) Cf. CARLOS VELLOSO, "O Superior Tribunal de Justiça - Competência originária e recursal", p. 27/28; CELSO BARBI, "O recurso ordinário em mandado de segurança no STJ", p. 225-226, ambos *in Recusos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coletiva coordenada pelo Ministério Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1991.

(2) Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC* (1939), 2ª ed., 1959, v. V, p. 154; JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança*, RF 150-557; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Forense, 1969, v. IV, n. 1.051, p. 227-278; CASTRO NUNES, *Mandado de Segurança*, 5ª ed., Forense, p. 387.

(3) Cf. CARLOS VELLOSO, *ob. cit.*, p. 28; CELSO BARBI, *ob. cit.*, p. 228-229; STF, RTJ, 131-115.

(4) STF, RMS nº 21.481, DJ de 1.7.92; RTJ 132-194, STJ, RMS nº 735, DJ de 30.9.91.

(5) *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Forense, 1989, p. 63-64.

(6) STJ, RMS nº 85, DJ de 19.3.90; RMS nº 124, DJ de 7.5.90; RMS nº 237, DJ de 25.6.90.

(7) STF, RTJ 132/718; STJ, RMS nº 224, DJ de 6.8.90; RMS nº 191, DJ de 9.10.90; RMS nº 470, DJ de 5.11.90.

- (8) STJ, RMS nº 456, DJ de 10.9.90; RMS nº 362, DJ de 22.10.90; RMS nº 926, DJ de 8.6.92; RMS nº 1.111, DJ de 3.8.92.
- (9) Cf. BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 11ª ed., Forense, 1991, p. 199; STF, RTJ 131-115.
- (10) Cf. SERGIO BERMUDES, "O procedimento dos Recursos Extraordinário e Especial no Juízo Recorrido", in *Recursos no STJ*, ob. col. cit., p. 207/280; TRF - 1ª Região, Ag. Reg. na Apelação nº 426/91, DJ de 15.4.91.
- (11) A questão está sendo examinada pelo STF no RE nº 136.154, em julgamento iniciado, mas ainda não concluído; v. despacho do Ministro CARLOS VELLOSO, que se manifestou pelo cabimento, no Ag. L nº 143.176 (DJ de 25.8.92).
- (12) STJ, REsp. nº 7.222, DJ de 22.4.91.
- (13) STF, RE nº 16.026, DJ de 24.5.91; STJ, Resp. nº 1.489, DJ de 18.10.89; REsp. nº 1.122, DJ, de 11.12.89.
- (14) STJ, REsp. nº 10.561, DJ de 1.7.91.
- (15) REsp. nº 11.919, DJ de 30.3.92; REsp. nº 19.173, DJ de 4.5.92.
- (16) Ao longo do tempo, cf. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, Francisco Alves, 1915, p. 118-119; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, RT, 1963, p. 276; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC*, Forense, 1975, T. VIII, p. 134; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao CPC*, 4ª ed., Forense, 1981, v. V, nº 319, p. 647-648; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, RT, 1990, p. 63.
- (17) STJ, 1ª T., ac. un. no REsp. nº 5.440, DJ de 3.8.92. V. despacho do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS nos Embargos de Divergência no REsp. nº 13.749, DJ de 12.8.92.
- (18) STF, RTJ 94/462, 103/188, 104/191, 110/715.
- (19) Cf. BARBOSA MOREIRA, "O Juízo de Admissibilidade e o Juízo de Mérito no Julgamento do Recurso Especial", in *Recursos no STJ*, ob. col. cit., p. 163 e ss.
- (20) RTJ 95/210.
- (21) Cf. CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Forense, 1943, p. 367; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário...*, cit., p. 227; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso Extraordinário...*, cit., p. 116/117.
- (22) REsp. nº 13.904, DJ de 8.6.92 (sobre o juízo de admissibilidade e juízo de mérito); Ag. L nº 22.042, DJ de 24.8.92 (sobre o conceito de lei federal).
- (23) V. despacho do Ministro SEPULVEDA PERTENCE no Ag. nº 139.117, DJ de 4.9.92.
- (24) REsp. nº 9.080, DJ de 4.11.91.
- (25) REsp. nº 14.474, DJ de 17.2.92.
- (26) Decidiu o STJ que "é fundamental e indispensável que o Recorrente preencha todas as condições de admissibilidade de seu Recurso Especial, sob pena de não ter apreciado o mérito da questão, ainda que lhe seja favorável" (REsp. nº 19.956, DJ de 8.6.92).
- (27) *Apud* ALFREDO BUZAID, *Estudos de Direito*, Saraiva, 1972, p. 183.
- (28) STF, Ag. nº 142.807, DJ de 1.7.92; STJ, Ag. Inº 16.455, DJ de 15.6.92.
- (29) O STF dispensava o prequestionamento quando à ofensa à lei federal - *error in procedendo* - ocorria no próprio julgamento (RTJ 135/297, com remissão a vários precedentes). No STJ, todavia, decidiu-se que há necessidade de opor embargos declaratórios, mesmo nessa hipótese (REsp. nº 7.54, ac. un. 2ª T., DJ de 28.10.91).
- (30) Reflete o conflito entre a corrente conservadora e a mais liberal, o despacho do Ministro JOSÉ CÂNDIDO admitindo embargos de divergência no REsp. nº 9.523 (DJ de 26.3.92), precisamente porque o aresto impugnado exigiu o prequestionamento explícito, com a menção ao dispositivo legal violado, enquanto que outros acórdãos do STJ, trazidos a confronto, dispensaram tal exigência, contentando-se em que a questão objeto do recurso tenha sido versada.

## ASPECTOS POLÊMICOS DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

### "CAUSA MORTIS" E DOAÇÃO

Ricardo Lobo Torres

Procurador do Estado (aposentado)

Professor de Direito Financeiro na Faculdade de Direito da UERJ

e nos Cursos de Mestrado e Doutorado da UGF

#### SUMÁRIO.

1. Introdução. 2. A Constituição Tributária. 3. O direito estadual. 4. Prescrição e decadência. 5. Mora. 6. Aplicação das penalidades. 7. Denúncia espontânea. 8. Avaliação e correção monetária. 9. Formal de partilha no arrolamento. 10. Renúncia. 11. Isenção. 12. Conclusões.

### 1. INTRODUÇÃO

A legislação estadual do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação apresenta inúmeras lacunas e contradições que têm tornado polêmica a sua aplicação, seja nos processos de inventário, seja na esfera administrativa.

Mas essas autônômias não podem ser imputadas ao legislador, ao juiz ou à autoridade administrativa do Estado do Rio de Janeiro, senão que devem ser debitadas principalmente ao Constituinte.

### 2. A CONSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Com efeito, a Constituição Federal vem, nas últimas décadas, subvertendo inteiramente a disciplina do imposto *causa mortis*, afastando-o dos modelos dos países adiantados e cerceando a autonomia dos Estados.

Recorde-se que até a reforma tributária de 1965 o tributo cobrado pela transmissão a causa de morte incidia progressivamente, levando em consideração principalmente a posição do herdeiro na linha da vocação sucessória.

Com a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, deu-se a grande virada ideológica. O imposto deixou de incidir sobre a transmissão de bens móveis e ainda teve a fixação de sua alíquota máxima atribuída ao Senado Federal, que sempre escolheu teto muito baixo para a imposição (2% de início e 4% posteriormente), o que na prática inviabilizava a progressividade. A explicação para o novo estado de coisas cifrou-se em argumentos economicistas, eis que se alegava ser necessário manter incólume o patrimônio familiar, principal poupança para conduzir ao desenvolvimento do País: a própria Comissão de Reforma recorria a fundamentos utilitaristas<sup>1</sup>.

A Constituição de 1967, assim na redação original como na Emenda de 1969, conservou a mesma disciplina.

Agora, em 1988, a CF alterou substancialmente os dispositivos referentes às transmissões gratuitas. Amalgamou em um só imposto as incidências sobre as transmissões "causa mortis" e as doações, e as estendeu aos bens móveis e imóveis, adotando sistema