

JOSÉ DE MOURA ROCHA

**Sobre os Procedimentos Especiais  
&  
Dos Recursos para o STF e o STJ**

(Separatas do Anuário do Mestrado  
de Direito da UFPE / N° 5 / 92).

F340.05  
A636

RECIFE - 1993



U. F. Pe.  
FAC. DE DIREITO  
BIBLIOTECA

---

F001-10/03/03



Luciana Grassano G. Melo  
Advogada  
OAB/PE 15692

Para Luciano Melo com  
os melhores votos pelo êxito  
de monitoria, especialmente  
af. José de Moura Rocha  
13/1994

## SOBRE OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

JOSÉ DE MOURA ROCHA

Os procedimentos especiais, de há muito, preocupam os estudiosos de processo civil. Práticos, praxistas, cientistas do processo civil têm-se preocupado com referidos procedimentos; Manoel de Almeida e Souza, de Lobão, por exemplo, no prefácio ao "Tractado Pratico Compendiario de todas as Acções Summarias, sua Indole, e Natureza em geral, e em especial", reportando-se ao "Ill. Mello" recordava que este mui ilustre praxista destacara que "Muito se tem escrito pelos Sábios... sobre os inconvenientes públicos, e do Estado, que resultam dos Processos Ordinários, e suas delongas" e, prosseguindo no seu Prefácio, salientava Lobão que "Os Senhores Reis deste Reino têm reconhecido a mesma necessidade de causa pública; e por muitos Decretos têm mandado o Desembargo do Poço sobre as Providências mais oportunas, a fim de se abreviarem as demandas sem prejuízo da Administração da Justiça, e se principou a trabalhar neste importante negócio; Porém também estes reais projetos tão sábios, como providentes, não chegaram a ultimar-se, e encher as paternais intenções dos Soberanos; ficando-se nesta falta observando a antiga Ordenação".<sup>(1)</sup>

A par dos termos da Carta Régia de 5 de março de 1621 pela qual

(1) Manoel de Almeida e Souza, de Lobão - Tractado Pratico Compendiario, de todas as acções summarias sua índole, e natureza em geral, e em especial. Das Sumaríssimas, Preparatórias, Provisionaes, Incidentes, Preceitos Comminatórios, etc. Na impressão Régia, Lisboa, anno de 1825. À pag. 8, referentemente aos direitos canônico e romano: calculado em Boehmer (Decretal. Liv. 2. T.I. 2) "Processus de JURE CANONICO et moribus hodiernis est vel ORDINARIUS, vel SUMMARIUS. Haec distinctio ex IURE ROMANO originem trahit, in que ACTIONES in quibus consueto more, dato judice pedanec, et formula praescripta, procedebatur: et EXTRAORDINARIAE CONGNITIONES, VEL ACTIONES, in quibus Praetor, non date judice pedanec, breviter, et sine ambagibus procedebat, et decernebat. Indemanavit distinctio inter processum ORDINARIUM, er SUMMARIUM; cujus diversa ratio explicatur in CLEMENT. SAEPE de Verb. Signif. Ille ad regulam pertinet;..."

"o Desembargo do Poço não tira os negócios da justiça dos termos ordinários" recorde-se arguta observação de Lobão no sentido de que "sempre os Senhores Reis foram benignos em ouvir as particulares queixas de seus Vassallos; já concedendo Decretos para nessas causas se proceder sumariamente; já prevenindo tempos breves para suas finais expedições, de que há muitos exemplos".

Ao final do prefácio encontramos, com destaque, ensinamentos de Lobão: "Por quatro causas são, e devem ser sumários os Processos: 1, pela urgência pública: 2, pelo favor da pessoa: 3, por não sofrer mora maior o negócio, do que se trata: 4, pela sua parvidade, e pouca entidade: Umas são preparatórias de outras ordinárias; Outras são provisionais, e interimísticas; Outras incidentes nas ordinárias; Outras sumárias em si mesmas por natureza, e regulável o seu processo pela geral ordem das Sumárias; Outras a que as Leis dão particulares formas de processo. "Em sendo assim, facilmente, entendemos o subtítulo do indicado Tractado Pratico sendo apresentado frente à ações Sumárias, Sumaríssimas, Preparatórias, Provisionais, Incidentes, Preceitos Cominatórios, etc. A preocupação pelos procedimentos especiais era evidente.

Pelas indicações ao longo do Tractado, indicações da problemática ora posta, referentes aos antigos germânicos, de igual sorte ao processo "de iure Canonico" e sem se esquecer das encontradas no Direito Romano temos que a preocupação não se limitaria ao direito português, vinha de outros quadrantes e épocas que viviam ou viveram aos mesmos problemas.

1. Dando um salto bastante largo na história do nosso processo civil e considerando o pouco cuidado dos nossos estudiosos, busquemos o problema posto na Consolidação das Leis do Processo Civil comentada pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas com a primeira edição datada de 1880<sup>(2)</sup>. Observe-se, de início, o Comentário ao Título III das ações especiais quando escrevia Ribas: "O presente título é destinado a tratar

---

(2) Antonio Joaquim Ribas - Consolidação das Leis do Processo Civil. 3ª edição, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1915. Pgs. 459 e ss.

das ações que, por diversos modos, se afastam do processo geral ou ordinário, objeto do título anterior, e seguem regras especiais; razão pela qual as denominamos - AÇÕES ESPECIAIS.

Esta classe de ações se subdivide em ações:

Sumárias;

Sumaríssimas; e

Executivas."

Pelo art. 675 da dita Consolidação temos que "Somente são sumárias as causas declaradas tais por lei ou praxe geral do foro... " apontando 17 espécies correspondentes aos 17 §§ do art. 675. Indicativas que são da época em que existiam a par das transformações passadas, com a evolução da ciência processual, vez que várias delas ainda são encontradas com a mesma ou com outra roupagem nos dias ora vividos. São elas:

§1º As causas de mais de 100\$ até 500\$000, que versarem sobre bens de raiz;

§2º As de liberdade;

§3º As de assignação de 10 dias;

§4º As processórias, intentadas do ano e dia;

§5º As de despejo de casas;

§6º As de depósito convencional;

§7º As de alimentos;

§8º As de soldadas;

§9º As de juramento d'alma;

§10 As de reformas dos autos;

§11 As de preceito cominatório ou embargos à primeira;

- §12 As de inventários e partilhas entre herdeiros e divisão de coisa comum por título singular;
- §13 As de demarcação;
- §14 As arbitrais;
- §15 As preparatórias;
- §16 As incidentes;
- §17 Os processos administrativos."

Referentemente à legislação pátria, ainda em comentário do art. 675, assinalava Ribas que aí não se encontrava a nomenclatura de todas as causas sumárias; tão somente alguma que assim era declarada. (Ver Ord. L.3, tits. 18 e 30) Caberia à doutrina bem como à jurisprudência completarem esta nomenclatura e as razões fundamentais da classificação das causas sumárias seriam: A parvidade de seu objetivo; o favor de que gozam; a urgência de sua decisão.

Ante a variedade destes processos sumários (que surgem sob as mais diferentes ordens) mister considerar as razões de sua validade. Fugindo das regras do processo ordinário e frente a sua precariedade, natural que se busque uma fundamentação a ser encontrada em fórmulas do Direito Natural expostas que são por Mello Freire<sup>(3)</sup> na seguinte ordem:

- 1º *Editio actionis quovis modo, verbis, vel escriptis facta.*
- 2º *In ius vocatio.*
- 3º *Rei responsio, cui concedendum tempus necessarius ad deliberandum, et respondendum.*
- 4º *Probatio per testes, instrumenta, confessionem, vel iurisiurandum habita.*
- 5º *Terminus probatorius ad defensionem necessarius.*

---

(3) Apud Antonio Joaquim Ribas, op. ct. p. 461; Mellii Freirii, P.J. *Instituiones Juris Civilis Lusitani*, L.IV, T.VII., pa.99. *Ex Typis Academicis, Canimbricae*, 1853.

6<sup>o</sup> Tandem causae decisio, hoc est, sententia a iudice competente lata".

Estas fórmulas são deduzidas da Ord. L.3 tit. 48 que regula o processo das causas de força nova, e se acham expostas no art. 679 e ss da Consolidação de Ribas. Aí encontramos "Na falta d'elas torna-se o processo TUMULTUÁRIO E NULO". Lembre-se também que nestes processos sumários "toma-se por litisconstestação qualquer primeira resposta que o réu dá em juízo" e que "pode também oferecer a sua re-convocação, se esta for sumária".

2. Como segundo passo para a sistematização da matéria podemos apontar os dispositivos constantes do Decreto n<sup>o</sup> 737, de 25 de novembro de 1850. Como é sabido, pelo Decreto n<sup>o</sup> 763, de 19 de setembro de 1890 foi mandado aplicar, com algumas modificações, o Regulamento 737 AOS PROCESSOS DAS CAUSAS CÍVEIS.

As causas (comerciais) desenvolviam-se "ordinariamente" (n<sup>os</sup> 23 a 235). Em seguida tratava o referido Regulamento das "Ações Sumárias" (n<sup>os</sup> 236 a 245) e das "Ações especiais" (n<sup>os</sup> 246 a 320) e dos "Processos preparatórios, preventivos e incidentes" (n<sup>os</sup> 321 a 410).

Passando aos Códigos dos Estados temos, por vezes acentuando-se, referida sistematização. Pelo Código da Bahia teremos, por exemplo, o processo ordinário (arts. 67 a 318) para "as ações que tiverem por objeto bens imobiliários e as que recaírem sobre bens de qualquer natureza, de valor superior a um conto e quinhentos mil réis, desde que não tenham processo especial". Seguiam-se os processos sumário, sumaríssimo e os especiais (arts. 319 a 330; 331 a 339; 340 a 1053). No Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo temos o processo comum integrado às ações ordinárias, sumária e sumaríssima (arts. 474 a 490) e processos especiais estendendo-se amplamente, do art. 491 a 938, numa heterogeneidade completa. Já o Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul apresenta processo ordinário, processo sumário geral, processo sumário especial (arts. 512 a 824) além dos processos sumaríssimo geral e sumaríssimo especial (arts. 826 a 872). O Código de Pernambuco tratava da ação ordinária (art.

450 a 458), da ação sumária (arts. 459 a 463), da ação sumaríssima (arts. 464 a 471), das ações executivas (arts. 472 a 536) com inúmeras modalidades e ações especiais (arts. 537 a 940) além dos processos administrativos (arts. 941 a 1267). O Código sergipano preceituava sobre ações ordinária, sumária, sumaríssima além das ações especiais.

As indicações apresentadas e colhidas sobre quatro ou cinco Códigos estaduais são bastantes para patentear a indecisão e tumultuamento existentes sobre a matéria. A rigor não existia qualquer "norte" para a classificação das ações ou dos processos (procedimentos, melhor). Parece-nos não restar dúvidas a propósito desta situação se buscamos as suas causas ou origens na confusão entre processo e procedimento quando não se considerava a substância de cada um processo atendendo-se, tão somente, ao procedimento correspondente.

Dos Códigos estaduais passou-se para o Código unificado com processo ordinário e processos especiais a que se há a acrescentar os processos acessórios (além dos processos de competência originária dos tribunais).

Estes são os antecedentes ao nosso vigente Código de Processo Civil, com ausência absoluta de critério de qualquer ordem para a fixação das espécies de ação, de processos. Verdadeiro tumultuamento, repetimos, que vem seguindo séculos. Modernamente começa-se a procurar sistematização para os diversos tipos ou espécies de procedimentos.

3. Na disciplinação dos processos constantes do vigente Código de Processo Civil emerge-se de conotação um tanto quanto primária encontrada no código anterior, que se limitava a uma divisão dos processos em ORDINÁRIOS e ESPECIAIS, para se basear, unicamente, na diversificação das formas procedimentais. Sob o regime do Código de 1939 observara Machado Guimarães de maneira própria e exata que na referida divisão não se encontravam PROCESSOS, sim PROCEDIMENTOS ordinário e especial. Nos "Comentários", em nota 4, de pé de página, temos esclarecimentos do saudoso mestre reportando-se a ensinamentos de Buelow, que reconhecia ser fundamental a distinção

*Procedimento → forma de  
atenuação do  
processo.*

entre processo e procedimento. Ademais, atribuía "o atrazo em que se achava a doutrina processual, ao fato de haverem os velhos praxistas dado importância exclusiva às vestes exteriores do processo, isto é, ao procedimento, que é meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e finda o processo. O procedimento é o invólucro, o processo é a íntima substância"<sup>(4)</sup>

Saltando da dicotomia de processo ORDINÁRIO e ESPECIAL, o vigente código preceitua no artigo 271 que se aplique a todas as causas (o procedimento comum) que será: ou ordinário ou sumaríssimo. Adiante, logo no artigo 273 prescreve ainda que o procedimento sumaríssimo e os procedimentos especiais regem-se pelas disposições que lhe são próprias.

Onde se encontra importância para o fato?

Parece-nos que numa autêntica fuga às antigas formas, como também numa tomada de posição atendendo a posicionamento doutrinário ou legislativo, pelo menos no tocante aos procedimentos especiais. Estará sendo evitada a repetição do acontecimento relativamente ao código de 1939, mesmo que não se possa negar, na verdade, que este código pretendia soluções novas que não foram alcançadas e que determinaria, conforme já tivemos oportunidade de ressaltar, o retorno ao "PROCEDIMENTO COMUM". Isso porque muito do que fugia deste procedimento pela adoção de idéias novas ficou sem florescer e, praticamente, morreu. As inovações ficaram no papel, muitas sem que se lhes atentassem os estudiosos; outras perecendo ali mesmo. Note-se que a observação de Machado Guimarães, talvez única, limitava-se a nota de pé de página.

Pelo indicado acreditamos dever ser o assunto tratado atendendo-se ao avanço científico que tem caracterizado o moderno processo civil.

(4) Machado Guimarães, Luiz - Comentários ao Código de Processo Civil, (1939). IV, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, pg.8 (Calcava-se em L.Ferrara, Sagi di Dir.Proc.Civ., 1914, pg. 60), respeitadas as indicações encontradas na referida nota 4.

Conseqüentemente, o entendimento do que seja o PROCEDIMENTO ESPECIAL há de ser posto em termos novos, pouco importando as tentativas mais intuitivas que científicas, as classificações causuísticas ou simplesmente formais que aconteceram, que surgiram ao longo dos tempos sempre que se tratava ou se tentava para o assunto. Note-se que por vezes encontramos limitações aos requisitos ditos extrínsecos e desta maneira teremos como ESPECIAL aquele procedimento determinado "porque, além dos pressupostos processuais comuns a todo e qualquer processo, a lei instituiu, para estes, outros requisitos, que lhe são especificados" como faz Couto e Silva<sup>(5)</sup> que, atendendo ainda àqueles requisitos extrínsecos conclui que: "Por força desses requisitos próprios, não se pode propor uma ação que tenha rito especial por outra, como, por exemplo, uma consignatória em lugar de uma prestação de contas". Atentos e respeitando tais premissas não podemos nem devemos nos esquecer que outros requisitos não existem simplesmente pela vontade do legislador, mas porque atendem a exigências cientificamente postas ou a serem postas, por serem corolários de verdade, normalmente encontrados nos rincões do direito material. Assim, nos termos postos pelo apontado publicista, não surtem efeitos maiores, nem geram maiores conseqüências para melhor e mais perfeito entendimento exigido pelos estudos dos procedimentos especiais.

Atualmente não têm faltado estudos a propósito de tais procedimentos. Adroaldo Fabrício<sup>(6)</sup> depois de se manifestar favorável, em princípio, à generalização do procedimento ordinário, a ser maior e mais ampla com conseqüente redução do "elenco das espécies", assinala: "A verdade, entretanto, é que os legisladores não se orientam apenas com essa diretriz" apontando tanto o peso da tradição histórica ("O peso da tradição histórica com as complicações e incongruências de múltiplas fontes de influência, nem sempre coevas e coerentes") quanto "a even-

---

(5) Couto e Silva, Clóvis, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX tomo I, pg.1. Edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

(6) Fabrício, Adroaldo Furtado - Comentários ao Código de Processo Civil, vol, VIII, pg.7. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1980.

tual interpretação, no mesmo processo, de elementos de diversas modalidades de tutela jurisdicional (de cognição, de execução e cautela); razões de conveniência momentânea e local, com caráter meramente emergencial" acrescentando, ademais, como causa de procedimentos especiais "até mesmo a simples impaciência do legislador frente à morosidade do aparelhamento judiciário em contraste com a pressão de necessidade social". Estes elementos todos, na opinião do mestre gaúcho, reunidos, influenciaram para se retirar da "vala comum" do rito ordinário "um número crescente de 'ações', em antagonismo com as recomendações da doutrina" cada vez menos inclinada "à redução numérica dos tipos procedimentais como imperativo da simplificação e da racionalização". Fácil é de se constatar, também aqui, toda uma motivação, no mais das vezes justa e verdadeira, mas dominada por elementos extrínsecos ou formais.

O toque de mágica existente ao tempo das Ordenações, dos Códigos Estaduais, no nacional (unitário) de 1939 parece tentar sobreviver mesmo que tenha a enfrentar a cientificidade do processo. Também na opinião de Pontes de Miranda<sup>(7)</sup> não se encontra qualquer forma unitária, nem mesmo algum elemento comum para a existência de espécies diversas de procedimentos especiais. A razão do afirmado estaria no fato de serem procedimentos especiais "formas de procedimento para a obtenção de tutela jurídica quando, por algum dado de direito material, ou documento em que se funda a demanda, ou da pessoa autora, ao legislador pareceu ser inadequada a forma ordinária ou algumas regras jurídicas. Não há razão unitária, nem sequer, elemento comum, para a especialidade". Finalmente, como que numa apresentação sintética sobre o assunto, destaca Pontes de Miranda que da existência dos processos especiais "Resulta a escolha da sugestão plural de muitas razões, histórica e logicamente diferentes, e nem sempre justificáveis perante a crítica científica".

---

(7) Pontes de Miranda - Comentários ao Código de Processo Civil vol. XIII, pg.3. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1977.

Após sugestões de ordem técnico-legislativa destaca Pontes de Miranda<sup>(8)</sup> que "A ESPECIALIDADE, no Código, nem sempre significa exclusão da ordinariedade, às vezes, essa ordinariedade persiste e apenas se modifica algum momento inicial; ou apenas se alude a que se manteve a forma ordinária, a despeito da especialidade da pretensão e da ação".

4. A rigor não se deve nem se pode desprezar, de maneira sumária ou apressada, os elementos anteriormente apontados como determinadores dos procedimentos especiais.

Necessário, porém, que se encontre uma base, um elemento amplo e capacitado a agasalhar em seu seio todos os demais elementos. A indagação primeira será de onde se deve partir para um tratamento mais preciso da matéria.

O ponto inicial desta busca de elementos basilar para o referido estudo, parece-nos, há de partir da obrigatoriedade de um elemento de definitividade na prestação jurisdicional porque, é natural e evidente, fora de quaisquer dúvidas, que o juízo ordinário de declaração anseia por "manifestação" para a definitiva "declaração" sobre o conflito existente entre as partes. Respeitando-se a utilização da ação rescisória, é bem sabido que não se poderá usar o processo para nova apreciação do referido conflito. (Mesmo que se parta de pretensão para rescisão de sentença de mérito com trânsito em julgado). Por causa desta posição é que se torna necessário conferir-se ao processo de conhecimento, dito ordinário, com as suas caracterizações das pretensões e das defesas. Tudo de tal modo que, usando palavras de Fairén Guillen<sup>(9)</sup>, "sejam resolvidos todos os pontos do litígio e este desapareça em toda a sua amplitude; na amplitude que as partes estimaram que podiam pleitear no terreno do direito substancial, antes de acudir a juízo para sua composição".

---

(8) Pontes de Miranda - Op. ct. pg.4

(9) Guillen, Victor Fairén - El juicio ordinario, los plenarios rapidos y los sumarios, in Estudios de Derecho Procesal, pg. 1373. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Respeitando-se no nosso direito as peculiaridades dos procedimentos sumaríssimo e especial, caímos na logicidade das razões apresentadas por Guillen pois "O juízo ordinário deve permitir que as partes completem o melhor possível, e com toda a extensão necessária, seus meios de ataque e de defesa, e os apóiem sobre as provas que estimem do caso... ", obviamente, desde que permitidos pelos tribunais, além dos meios recursais admitidos etc.<sup>(10)</sup> Exemplar e sugestivo será o lembrado pelo professor Guillen<sup>(11)</sup> à época de Mittermaier e sob tônica do seu pensamento: "existem casos em que o perigo jurídico é iminente e há de se dar então aos interessados um meio processual de evitá-los e ainda de suprimí-los com a rapidez adequada: em lugar de pleitear judicialmente todas as questões jurídicas que surjam ou possam surgir em torno a esse perigo, - quer dizer, em vez de pleitear a totalidade do litígio com todas as grandes possibilidades - , deve-se enfocar processualmente só o ponto perigoso, com a abstração dos demais, de tal modo que, em juízo, somente se discuta e resolva sobre ele. Assim, pois, em tais casos, o processo indicado e adequado ao perigo que o provoca não esgotará o litígio total, mas somente um dos seus fragmentos".

Bem recentemente e para o processo civil alemão, o problema é posto por Friedrich Lent<sup>(12)</sup> ao destacar que, para todos os procedimentos especiais, devem ser enfrentadas e resolvidas duas questões de suma importância: "1) se este exclui ou não exclui a possibilidade de recorrer ao juízo ordinário; 2) para quais controvérsias esse seja admissível". Exemplifica com procedimento documental e cambiário e apresenta como outros tipos de processos especiais, o de injunção (Mahnverfahren) os de matéria de filiação, de matéria de interdição, entre outros. No processo documental temos que ele se caracteriza pela razão de que os fatos postos como fundamento da demanda devem ser provados com documentos, isto em primeiro lugar. Secundariamente

---

(10) Guillen, Victor Fairen, op. ct. pg.373.

(11) Guillen, Victor Fairen, op. ct. pg.373.

(12) Lent, Friedrich - Diritto Processuale Civile Tedesco, pg. 328, Trad. de Edoardo Ricci, Morano, Editores, Napoli, 1962.

temos que, para provar os fatos postos como fundamentos de exceções, réplicas etc., além daquela apresentação de documentos, pode o interrogatório ser utilizado quando, contudo, será deferido no sucessivo procedimento ordinário. Em terceiro lugar temos, referentemente aos documentos, aqueles que podem ser apresentados pelas partes em juízo. (ZPO, § 595, 3º).

Ainda quanto ao direito alemão, alerta Lent<sup>(13)</sup> para a possibilidade de poder emanar uma DECISÃO por vezes PROVISÓRIA se o demandado resiste à demanda e, especialmente, se utiliza as exceções que não podem ser provadas com os meios consentidos no processo documental. A sua forma é a de SENTENÇA DE CONDENAÇÃO COM RESERVA (§599), isto é, de um pronunciamento favorável ao demandado com o qual a discussão sobre "seus direitos" é enviada a uma fase sucessiva (sem prejuízo de algum meio de defesa, sem limite de prova).

Como é fácil de se constatar, o problema dos processos especiais começa a ser enfocado sob novos prismas muito embora não se possa negar enorme diversificação doutrinária. Note-se, a título de exemplificação, o posicionamento de José Alberto dos Reis encontrado no "Processos Especiais"<sup>(14)</sup> ante a possibilidade de se poder acolher três tipos de processo COMUM e quando o especial seria um processo único. Destacava o mestre luão: "Idéia errada, há um processo ordinário, um processo sumário, um processo sumaríssimo; mas não há um processo especial. O que há é uma grande variedade de processos especiais, cada um dos quais apresenta, em relação aos outros, diferenças sensíveis de forma". E o próprio autor é quem indaga: "Como se explicam estas diferenças?" para, em seguida, responder: atendendo ao fato dos processos destinarem-se a fazer declarar em juízo os materiais (a que chama de substanciais) ou alcançar a realização efetiva dos direitos já declarados. Devido às situações postas percebe-se a necessidade ou a conveniência

---

(13) Lent, Friedrich - op. ct. pg. 330.

(14) Reis, José Alberto dos - Processos Especiais, 1º vol. pg.1, Coimbra Editora Ltda. 1982.

de que haja um ajuste da forma do Processo À SUBSTÂNCIA do direito que se pretende reconhecer ou executar. Ora, acentua Alberto dos Reis<sup>(15)</sup> "se a grande massa dos direitos materiais pode perfeitamente fazer-se valer em juízo mediante a ritologia do processo comum, n'alguma das três formas (ordinária, sumária, sumaríssima), a verdade é que alguns direitos substanciais, dada a sua natureza, feição e estrutura peculiar, demandam formas e ritos especiais de processo".

Não se pode negar existirem determinados direitos materiais que não podem ser declarados nem realizados vias as formas do processo comum, já que atos e termos deste processo (sob forma ordinária, sumária ou sumaríssima - para o direito português) serão inadequadas "para dar vida e expressão jurisdicional" a eles. E sendo assim restava um único caminho a seguir, lembra, ainda, Alberto dos Reis: "criar processos cuja tramitação se ajustasse à índole particular do direito, isto é, cujos atos e termos fossem adequados para se obter o fim em vista - a declaração ou execução do direito de que se trata". E mais adiante: "Portanto, onde quer que se descubra um direito substancial com caracteres específicos que não se coadunem com os trâmites do processo comum, há de organizar-se um processo especial adequado a tais caracteres. Daí tantos processos especiais quantos os direitos materiais de fisionomia específica."

Pelo exposto temos notado a existência de evoluir continuando a constante na construção teórico-doutrinária destes chamados processos (procedimentos) especiais buscando um posicionamento certo e definitivo na teoria do processo.

Passo importante nesta direção será encontrada em Ovídio Baptista da Silva ao proclamar em Manual<sup>(16)</sup> que todos os PROCESSOS SUMÁRIOS "operam um CORTE da totalidade do conflito, trazendo-o para o processo através de uma demanda que não o envolve em sua

---

(15) Reis, José Alberto dos - Op. ct. pg. 2

(16) Silva, Ovídio Baptista da - Curso de Processo Civil, 1<sup>o</sup> vol. pg. 97 Sérgio A. Fabris-Editor, Porto Alegre, 1987.

plenitude, de tal modo que determinados pontos ou questões litigiosas devem ficar "reservados" para futuro exame em processo subsequente". Fora de quaisquer dúvidas, aí está o caminho a ser seguido para a fixação da natureza dos procedimentos especiais por que na sua grande maioria correspondem a pretensões de direito material menores em conteúdo que as reais dimensões do conflito de interesses em que se acham envolvidos os litigantes.

Por tudo isto destaca o professor Ovídio Baptista da Silva<sup>(17)</sup> que as ações especiais "longe de significarem simples desvios de padrão ritual ordinário, equivalem a formas muito especiais de tutela processual sumária" e exemplifica com inquilino que, "vendo recusada sua oferta de aluguéis, ajuíza uma ação de consignação em pagamento, procurando liberar-se desta obrigação pelo depósito em juízo dos aluguéis recusados; se perder, nem por isso perderá ele a posse do imóvel". A demanda de consignação em pagamento é ainda mais sumária do que a ação possessória (outro exemplo apresentado pelo lembrado autor), circunstância esta que poderia determinar, ao menos em teoria, a necessidade de três ações consecutivas para que o CONFLITO DE INTERESSES existente entre as partes fosse integralmente composto, pois quanto mais uma determinada demanda se "sumariza" tanto mais sobrarão "EXCEÇÕES RESERVADAS", a justificar outras demandas posteriores.

Nos procedimentos especiais existe a possibilidade de eliminação de conflito integrante de "todo" material. Basta que se atenda à consignação em pagamento, ou à ação de depósito, ou à de prestação de contas, ou a qualquer daquelas constantes do elenco do livro IV no nosso Código de Processo Civil. Pode concluir-se qualquer uma delas mas todas elas continuam tendo em seu bojo direitos outros que não se esgotaram mas que, ao contrário, mantêm-se "reservados".

Pelos elementos indicativos de uma evolução dos procedimentos especiais em busca de uma sistematização no campo amplo e científico

---

(17) Silva, Ovídio Baptista da - Op. ct. pg. 98.

do processo, parece-nos, foi dado um grande, enorme passo para a consecução desta proposta. Mesmo com reserva à expressão sugerida de "exceções reservadas".



## DOS RECURSOS PARA O STF E O STJ

OSÉ DE MOURA ROCHA

O texto do art. 539 do Código de Processo Civil foi mantido, agora sob o art. 36 da Lei 8.038\90. Nada há a acrescentar quando o consideramos no contexto da disciplinação recursal do nosso código já sob a égide da vigente Constituição Federal de 5/10/1988.

Quanto aos artigos 541 a 546 no nosso Estatuto Processual Civil, foram eles revogados pela Lei 8.038 de 28 de maio de 1990.

Devemos considerar, destarte, o art. 26 desta referida Lei que está posta nos seguintes termos:

"Art. 26 - Os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos no prazo comum de quinze dias, perante o Presidente do Tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

- I - exposição de fato e de direito;
- II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo  nico - Quando o recurso se fundar em dissídio entre a interpretação da lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que haja dado outro Tribunal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado da jurisprudência que o houver publicado."

Se por um lado os recursos ORDINÁRIOS na busca da satisfação humana vo além de um único julgamento (aí o duplo grau de jurisdição) por outro lado vamos encontr-los como ORDINÁRIOS CONSTITUCIONAIS (competência ORDINÁRIA CONSTITUCIONAL) ao lado de uma COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA, propriamente dita e abrangendo apreciações de direito IN IURE (art. 102, II, III da Constituição Federal). Paralelamente teremos a Competência ORDINÁRIA e ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II,

III da Constituição Federal).

Em sendo assim o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é quem deve, de acordo com o apontado art. 102 da Constituição Federal: II - Julgar em recurso ordinário... e III - Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Ao SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelo art. 105 da Constituição Federal, é quem compete "II- Julgar, em recurso ordinário 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-lhe vigência; b) julgar válido lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

## I

Para chegar a este ponto o recurso extraordinário evoluiu bastante. Pela Constituição de 1891, tratava-se "das sentenças das Justiças dos estados em última instância"; posição esta que foi mantida pela Revisão Constitucional de 1925\ 26. As Constituições de 1934 e 1937 falavam em "justiças locais" devido ao Distrito Federal e aos Territórios e a Constituição de 1964 ampliaria o Recurso Extraordinário ao preceituar sobre "causas decididas em única e última instância por outros tribunais ou juizes". Palavras nossas, textuais e encontradas no **Processo de Conhecimento**: "Não se pode negar que é difícil perseverar nessa concepção estreita a se ressentir do propósito de unidade, sem se ter presente que a pluralidade de interpretações ou de atitudes dos tribunais e juizes federais seria igualmente perniciosa. Assim o instituto perdeu o seu primeiro feitio para ganhar em extensão e em função social e política".

Como se constata facilmente, a competência recursal EXTRAORDINÁRIA do Supremo Tribunal Federal necessita que se lhe fixem os seus limites e, paralelamente, que se indague se no juízo do recurso tem ele (o STF) exame IN IURE, somente, ou se tem um duplo exame de IN IURE e IN FACTO. Pontes de Miranda (raciocínio estendível ao recurso ESPECIAL) adaptando palavras suas à atual Constituição Brasileira, referentemente à letra "a" temos que o que importa é restaurar-se a perfeita incidência, sobre a decisão recorrida, de dispositivo da Constituição. Restaria ao SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (através do recurso ESPECIAL) quando houvesse contrariedade a tratado ou lei federal ou lhe fosse negada vigência. Em ambos os casos satisfaz à Constituição simples reexame IN IURE. (arts. 102, III, "a" e 105, III "a").

Tratando-se da letra "c" mister uma observação. Observação a ser feita no sentido de que o Supremo Tribunal Federal apreciará a decisão recorrida tendo em conta lei ou ato de governo "contestado em face desta Constituição" enquanto que o Superior Tribunal de Justiça apreciará a decisão recorrida tendo em conta "lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal". Note-se que nas duas situações continuam válidos os ensinamentos de Pontes de Miranda: "sem ser preciso entrar-se no estudo IN FACTO, ou no estudo de outros ERRORES IURIS IN IUDICANDO ou IN PROCEDENDO".

Referentemente à letra "d" o que importa é que o Superior Tribunal de Justiça, pelo RECURSO ESPECIAL, diga a última palavra acerca da interpretação das leis federais, de modo que se entenda que o tribunal, de cuja decisão se interpusera o recurso, bem decidiu; quanto à matéria de direito, nada lhe cabe quanto ao mérito e, de igual forma, se entende que não interpretou bem, firma a interpretação verdadeira, com a sua alta autoridade, impondo ao tribunal de que se recorreu, a inteligência que adote. Baseamo-nos em Pontes de Miranda no vol. VIII dos seus Comentários ao Código de Processo Civil e podemos concluir, aproveitando a sua lição, que o RECURSO ESPECIAL será suficiente para a reapreciação IN IURE, pura e simples reapreciação.

Limitados pela perspectiva IN IURE, o recurso extraordinário e o recurso especial exigem CAUSA a ser entendida em sentido largo. Não se confunde com ação. Alcançará qualquer processo, pouco importando a sua natureza, desde que nele se tenha proferido decisão "de que resulte comprometida uma lei federal" conforme observara Castro Nunes lembrado por Sérgio Bermudes nos seus Comentários. Mas, há de possuir conteúdo jurisdicional, o que implica na exclusão de decisões de ordem administrativa (primeiramente devem ser apreciadas pelo judiciário). Apontada CAUSA deve ter sido decidida em única ou última instância (por um tribunal), sendo necessário que se esgotem as possibilidades de reexame da decisão jurisdicional de onde emanou. Por exemplo, da decisão que comporta embargos, não "comporta" recurso extraordinário. Finalmente, deve ser entendida a QUESTÃO FEDERAL atendendo-se ao inciso III, dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

## II

Revogado a artigo 542 (e com ele os artigos 541 e 543 a 546) pela Lei 8.038/1990 restou, tão somente, o art. 508 com nova redação dada pelo art. 26 da referida lei: "Os recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos no prazo comum de quinze dias, perante o Presidente do Tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

- I - exposição de fato e de direito;
- II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida

Parágrafo único - Quando o recurso se fundar em dissídio entre a interpretação de lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que lhe haja dado outro Tribunal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número, e da página do jornal, ou do repertório autorizado de jurisprudência, que o houver publicado".

Pelos termos da nova lei, tal como nos demais recursos, tanto para o

extraordinário como o especial, o prazo de interposição é de quinze dias sendo disciplinado pelo disposto no art. 806. A Forma é a escrita e é dirigido ao Presidente do Tribunal recorrido excluindo qualquer entendimento de sê-lo ante órgão fracionário integrante deste tribunal, pouco importando de onde emane o acórdão gerador do recurso. O destaque conferido ao presidente está no fato de, no mais das vezes, não emanar o recurso extraordinário ou o especial de decisão sua (pessoalmente falando), mas por cumprir ele um poder que é meramente ordinário, longe de ser dispositivo, pelo qual disciplinará a regularidade procedimental do recurso (um ou outro) em tela.

Para uns a função do presidente será estritamente organicista, para outros será decorrente de atividade que lhe é obrigatória. Anteriormente nos manifestamos a propósito do assunto em "Sobre a Admissão do Recurso Extraordinário pelo Juízo A QUO" quando escrevemos que o presidente "exercita, sim, uma atividade obrigatória". Trata-se do poder obrigatório onde se encontrará implicitamente um dever verdadeiro e próprio e isto porque o que interessa é o comportamento recursal por si só. Também deve ser destacado que "este dever não é um dever final e isto porque apenas ordena, ou melhor, preordena, a satisfação de determinados interesses substanciais a serem cumpridos pelo Supremo Tribunal Federal" e hoje acrescentaríamos "ou pelo Superior Tribunal de Justiça". Este poder não se limita à recepção de recurso extraordinário ou especial, mas, pelo contrário, se exercitará mais intensamente quando "admitir" o recurso.

Pelo inciso I temos que a petição deverá conter "a exposição de fato e de direito". Pode parecer estranho que, pretendendo estes recursos julgamento, apenas, IN IURE, se exija "exposição de fato" ao lado da "de direito". Mas é natural que seja assim porque é dos fatos que se alcançará a questão de direito; verdade que estes fatos não estarão em julgamento mas não se poderá negar a sua importância para o desenvolvimento do recurso. Lembre-se que estas exposições de fato e de direito valem somente para determinação do cabimento do recurso. Estes fatos, mesmo sendo imprescindíveis, podem variar tanto quantitativa quanto

qualificativamente.

No inciso II temos que a petição de interposição do recurso extraordinário ou especial deve conter "a demonstração do cabimento do recurso interposto". Ante posicionamento frente ao recurso extraordinário ou ao recurso especial faz-se imprescindível que se demonstre qual dos dois está sendo interposto o mesmo acontecendo se, simultaneamente, forem interpostos ambos. Portanto, há de se ter presente, sempre, os preceitos encontrados nos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal. Pelo primeiro a contrariedade constitucional e pelo segundo a contrariedade ou a negativa de vigência a tratado ou a lei federal.

O inciso III refere-se a "razões do pedido de reforma da decisão recorrida".

Note-se que não se pede uma "nova" decisão e sim a "reforma" da decisão, atendendo-se que a prestação jurisdicional prestada pelo Estado já o foi nos dois graus de jurisdição.

A jurisdição, aqui, é política. Do que não podemos falar é em haver um terceiro grau de jurisdição. Quando se fala em razões de reforma da decisão recorrida não serão motivos de fato e de direito já discutidos naqueles graus de jurisdição.

Quando se considera o parágrafo único temos de admitir haver aí exigência de ordem prática e indispensável para o bom andamento do recurso, seja extraordinário, seja especial. "O recorrente fará a prova da divergência mediante certidão ou indicação no número e da página do jornal oficial, ou do repertório autorizado de jurisprudência, que o houver publicado".

O art. 322 do Regimento Interno do STF ampliou os meios de comprovação com a "cópia autenticada". Ademais, exige "a transcrição dos trechos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".

O Regimento Interno do STF aponta repertórios oficiais de juris-

prudência.

### III

O art. 543 do Código de Processo Civil foi substituído pelo de nº 27 da Lei 8.030. Saliente-se a importância do artigo apesar de apresentar-se como meramente procedimental. É ele portador de dificuldades mil principalmente porque atenta a dois recursos: o extraordinário e o especial.

Vejamos:

"Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

§1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de cinco dias.

§2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

§3º Admitidos os recursos, os autos serão imediatamente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§4º Concluído o julgamento do recurso especial serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal para a apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

§5º Na hipótese do relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgar o extraordinário.

§6º No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial".

Interposto o recurso extraordinário ou o especial ou, ainda, o extraordinário e o especial nos termos deste art. 26 da Lei 8.038, efetiva-se o recebimento da petição pela secretaria do tribunal para ser protocolado. Seguidamente, dá-se o primeiro momento próprio ao seu processamento: aquele iniciado com a intimação do recorrido e abertura de prazo de quinze dias quando lhe caberá apresentar contra-razões ao recurso ou recursos. Estas contra-razões devem ser entendidas no seu mais amplo sentido por alcançar, tanto as questões ligadas à sua admissibilidade (atendendo aos seus pressupostos constitucionais), quanto ao seu cabimento (atendendo à ordem constitucional -arts. 102, III e 105, III da Constituição Federal).

Decorrido o prazo de quinze (15) dias para a apresentação das contra-razões, os autos serão conclusos, no prazo de cinco (5) dias para a admissão ou não dos recursos.

Existe evidente simplificação no procedimento destes recursos e acreditamos que esta simplificação será de caráter negativo por poder gerar possível "democratização" (no sentido negativo do termo) ou mesmo "massificação" dos mesmos. Acreditamos firmemente que o sistema preconizado pelo Código de Processo Civil pelo seu hoje revogado artigo 543 dizia melhor a estes recursos mesmo sem, à época, tratar do chamado recurso ESPECIAL. Mas, só o futuro dirá se temos ou não razão.

No tocante à admissão ou não do recurso, mister a indicação dos elementos do art.26, I, II, III e, especificamente quanto ao inciso II, a indicação do dispositivo constitucional, ou seja, como se encaixa atendendo ao art. 102, III, a,b,c, para o recurso extraordinário e ao art. 105, III, a,b,c,d para o especial. Acreditamos que tal admissão ou não admissão do recurso será alcançada mediante "despacho motivado" conforme proclamava o art. 543, ora revogado. Por isso preferimos posição anterior de exigência a este despacho motivado. Assim, havendo uma indicação específica aliada a um destes elementos a que juntamos a ordem pública lembrada por Sérgio Bermudes, inconcebível o despacho

sintético, limitado ao recebimento ou não de recurso do porte destes nossos extraordinário e especial.

De tal sorte é ele importante que será motivo de nulidade havendo ausência de motivação (no caso, tanto no recebimento quanto no não-recebimento).

Estas motivações serão de ordem processual ou de ordem material. Referentemente às decisões de inadmissibilidade temos serem elas fruto de motivos preexistentes, quer dizer, anteriores ao início do procedimento recursal (extraordinário ou especial) e implicam num verdadeiro retorno à fórmula de improponibilidade ao lado da inadmissibilidade; são de ordem processual. As de ordem material, pela sua própria natureza, não interessam muito.

Um segundo tipo de decisões será o referente às decisões que implicam na cessação de discussão de matéria que fora objeto de processo ordinário. São, por exemplo, questões prejudiciais atinentes ao mérito da causa. Entre as decisões de inadmissibilidade colocam-se as que dizem respeito à inidoneidade do objeto da questão constitucional. Inidoneidade, é claro, da norma indicada.

Em resumo, podemos dizer, quanto ao conteúdo das decisões, estarmos frente a decisões meramente processuais e frente a questões de mérito, no caso, decisões que tratem da fundamentação de questões de natureza material-constitucional submetidas ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

Partindo-se destas decisões há de se destacar a IMPROCEDIBILIDADE do recurso extraordinário declarada pelo presidente do tribunal recorrido que alcança obstáculo de natureza processual de ordem impeditiva e, em outras vezes, alcança obstáculos de atividade de jurisdição quando, por exemplo, competir ao juízo A QUO determinar a desnecessariedade da solução da questão de legitimidade constitucional.

Textualmente escrevemos que "sendo a jurisdição do Supremo Tribunal Federal uma jurisdição concentrada em torno de um único órgão

(o STF), a titularidade de sua solicitação é difusa porque conferida e garantida aos titulares de situações que, dentro das condições fixadas por lei, concorrem com o exercício de sua iniciativa". Assim acontece com o presidente do Tribunal recorrido ao receber o recurso extraordinário.

Por tudo isto temos que ao presidente do tribunal recorrido é atribuída competência (art. 27 da Lei 8.038) para exame das condições formais do recurso extraordinário. O mesmo se dirá referentemente ao Superior Tribunal de Justiça? Acreditamos que não. Por que? Porque em sendo a resposta afirmativa estaríamos frente a uma posição absolutamente impossível na nossa estruturação político-jurídica construída em torno da Federação. Não se pode conceber existirem dois órgãos jurisdicionais, ambos com jurisdição plena (mesmo que o proclame a nossa Constituição a conferir jurisdição em todo o território nacional não só ao Supremo Tribunal Federal como a todos os demais Tribunais Superiores. (Tal seria impossível mesmo se fosse esta jurisdição plena conferida unicamente ao Superior Tribunal de Justiça).

O art. 27 da Lei 8.038 criou labirintos (inspirada na própria Constituição, como se há de sair daí?) ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça sem lhes oferecer qualquer fio em ajuda. Na verdade não se pode nem se deve colocar estes dois recursos num mesmo pé de igualdade. Se alegamos força ilimitada à própria Constituição, alegamos também não ser esta mesma Constituição construção fora do mundo jurídico, social, econômico etc., vez que ela não pode chocar-se consigo mesma. O entendimento do preceito há de ser baseado nos princípios daquelas ordens apontadas e que, normal e naturalmente, informaram a mesma Constituição.

Assim, por via de consequência, não se pode tirar ao Supremo Tribunal Federal o poder pleno e total de controie sobre toda e qualquer atividade jurisdicional. Nem importam artifícios de existirem questões ou matérias fora da constitucionalidade e, desta forma, excluir ou dividir a jurisdição plena que pertence tão somente ao Supremo Tribunal Federal. Temos de ver na sistemática constitucional vigente é a su-

pressão de dois momentos procedimentais distintos substituindo-os por um único mas onde é respeitada a supremacia do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário. Não sendo assim estaremos frente ao perigo do desmoronamento de todo o sistema judiciário do país coisa que, sem qualquer dúvida, podemos afirmar: não foi o desejo nem a intenção do constituinte de 1988.

Preceitua o §2º do art. 27 que "os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo" e desta forma mantém a tradição brasileira no sentido de se evitarem demoras no cumprimento das decisões e desta maneira efetivar a execução da sentença.

No §3º deste artigo 27 encontramos "admitidos os recursos" deixando bem evidenciado que se trata de situação criada pela interposição simultânea de dois recursos: o extraordinário e o especial. Apesar da péssima redação não podemos deixar de chegar a esta conclusão levados pelos termos do §2º que iguala os dois recursos a serem recebidos no efeito devolutivo.

Admitidos os dois recursos, serão eles imediatamente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça; tudo em busca de uma imprecisa celeridade processual tão em voga nestes nossos dias. Observe-se que, mesmo sendo problema estritamente procedimental, traz consigo problemas tais como preparo, deserção, entre outros. Pela forma legislativa adotada cairemos nas regras gerais do processo que respeitam a estes problemas. Talvez melhor fosse se ficássemos no campo dos Regimentos Internos dos Tribunais (de preferência de um único, a ser o do Supremo Tribunal Federal). Acreditamos que não demorará muito a disciplinação legislativa da matéria e das que ficaram à margem desta Lei 8.038/90.

Ao preceituar que "admitidos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça" faz-se necessário esclarecer duas situações. A primeira é fruto da redação oferecida: "admitidos os recursos" deixando a impressão de uma obrigatoriedade de simultaneidade aos dois recursos o que é absolutamente improvável. Devemos colo-

car estes dois recursos em termos singulares ou na apontada forma de simultaneidade; conforme o caso há de ser entendido este parágrafo estendendo-se o entendimento aos demais parágrafos. A segunda situação a ser considerada é aquela fruto da necessidade de fixação de um momento processual a ter início com a admissão do ou dos recursos. Na verdade, a sucessividade dos atos deve ser precisada mesmo não importando muito a sua realização. Observe-se, também, que pela natureza destes recursos é dispensável (por força de lei) a apresentação de contra-razões ou a produção de novas provas. Evidente que só é possível produção de prova de direito estadual, municipal, estrangeiro, costumeiro, mesmo com posicionamento em contrário de Pontes de Miranda.

Encontramos no §4º a possibilidade de termos os dois recursos sendo interpostos simultaneamente. No caso sendo encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça. Seguidamente, quer dizer, concluído o julgamento neste Tribunal, serão os autos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal "para apreciação do recurso extraordinário". Naturalmente se não estiver ele prejudicado. Exemplificando: interposição dos dois recursos atendendo à matéria, que pode ser apontada como "legal" (Federal), constatando-se, na apreciação do "especial", ser a matéria federal, o que implicaria no término do caso. Conseqüente desnecessariedade do "extraordinário", conseqüente denegação. Importante é destacar não existir, aí, qualquer significação de estar o Supremo Tribunal Federal abrindo mão de seu poder maior, pleno, de controle sobre toda a atividade jurisdicional, parta de onde partir. Possibilitado o agravo de instrumento, é possível a apreciação e natural controle do Supremo Tribunal Federal.

Passando à matéria apontada como inconstitucional nos deparamos com o "extraordinário" a prevalecer (entenda-se, na ordem procedimental utilizada na Lei 8.038): então os autos serão enviados ao Supremo. Conclusão importante é a de não identificar simultaneidade com igualdade. E o Recurso Extraordinário é, sempre, superior ao Recurso Especial. A simultaneidade a que nos temos referido não passa de jogo de

montagem no nosso sistema recursal. Logo, não é de se lhe dar maior importância.

Ante esta duplicidade recursal há mais a considerar neste artigo 27, §5º. Dá-se aqui o inverso do disciplinamento encontrado no §4º ao admitir ser o "recurso extraordinário" prejudicial do "recurso especial". A matéria é visivelmente complexa desde que é o relator do recurso "especial" que dirá a última palavra pois "na hipótese do relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial daquele, em decisão irrecorrível, sobrestará seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgar o extraordinário". Note-se que pelo texto legal é a decisão irrecorrível, mas em relação à parte recorrente. Estará esta decisão eivada de infalibilidade? Observe-se que a simultaneidade recursal a nível constitucional dá margem a dúvidas ou a admitir dúvidas sobre a questão "federal" (ou de "tratados") ou sobre questão constitucional.

Se a questão "constitucional" for considerada "federal" estender-se-á o âmbito do recurso especial? Evidentemente que não: mas servirá para produzir efeitos protelatórios etc. . .

Se sob enfoque procedimental os problemas surgem com tanta facilidade o que se dirá dos problemas postos em campo teórico ou doutrinário?

Passando ao §6º podemos dizer ser o mesmo uma continuação do anterior, apenas posto em posição inversa. Note-se os termos do parágrafo: "... se o relator do recurso extraordinário, em despacho irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá. . . "

Nestes §§5º e 6º o problema surge ao se falar e procurar precisar os termos em que foi posto o fenômeno "prejudicial" e para a sua solução devemos procurar definir ou precisar o que o legislador quis apresentar como tal. Seriam prejudiciais possíveis preliminares ao exame de mérito? Sob forma de dedução simples e ante a possibilidade de poderem ser interpostos simultaneamente (o extraordinário e o especial) tudo indica e nos leva a crer ser esta "prejudicial" algo que pode ser



objeto ou de um ou do outro recurso, algo constitucional ou federal. Sentido interpretativo contrário não é de se admitir porque qualquer um que surja impediria esta duplicidade recursal.

Caindo no simplismo do legislador devemos encarar, também de maneira simplista, a questão para concluir ser prejudicial a matéria que envolve "matéria" tanto constitucional quanto federal. Qual o critério a ser fixado e que nos levará a esta conclusão? Pelo legislado, parece-nos ser o pensamento do relator, quer do extraordinário, quer do especial, simplesmente encerrar a questão. Bem diferente seria se o legislador se limitasse, por exemplo, ao parágrafo único do art. 282 do anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (presidida pelo então senador Afonso Arinos), posto nestes termos: "Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recursos especial e extraordinário, o julgamento deste aguardará a decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta prejudicar o recurso extraordinário". Tal como acontece com o recurso extraordinário e os embargos infringentes.

Devemos nos fixar, tão somente, em apreciações práticas ou procedimentais para impedir o surgimento de novas impugnações, devendo processar-se com muita cautela para se evitar uma pseudo celeridade processual.

#### IV

Pelo art. 28 da Lei 8.038/90:

"Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§1º Cada agravo de instrumento será instruído com as peças indicadas pelo agravante e pelo agravado, dele constando, obrigatoriamente, além das mencionadas no parágrafo único do Código de Processo Civil, o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-

razões, se houver.

§2º Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão.

§3º Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo àqueles recursos, admitida a sustentação oral.

§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

§5º Da decisão que negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento caberá agravo para o órgão julgador no prazo de cinco dias.

Neste artigo encontramos a segunda posição possível e oposta à admissão (denegação) do recurso extraordinário (no art. 27, §3º tivemos a primeira: a sua admissão).

Sabido que o controle do Supremo Tribunal Federal sobre o presidente do tribunal "a quo" não será nunca prescindido. Em outras palavras: o Supremo nunca abre mão dele.

Se o recurso extraordinário é admitido, o controle é feito nos próprios autos, pois, necessariamente, eles chegarão ao Supremo. Mas, se o recurso é denegado, o controle será, ainda, feito pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, apenas que, desta vez, através do suscitamento sob forma de agravo de instrumento.

Evidencia-se a importância do agravo de instrumento que toma caráter especialíssimo na sistemática do recurso extraordinário porque vai, digamos, além de um "simples" agravo.

Se assim consideramos o problema frente ao recurso extraordinário, o mesmo se dirá referentemente ao Recurso Especial? Considerando a maneira de como foi construído este recurso, a resposta será afirmativa

pois, de certa maneira, a sua finalidade identifica-se com a do Supremo. Será uma finalidade restrita porque está limitada à esfera legal (Federal e Tratado) segundo o art. 105, III da Constituição Federal. Recorde-se que no sistema anterior, normalmente, estas motivações determinavam, ou melhor, possibilitavam o recurso extraordinário.

Pelo §1º temos que o agravo de instrumento será instruído com peças que forem indicadas pelo agravante e pelo agravado, além das mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil a que se acrescentam o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso e as contra-razões, se houver. A ampliação quantitativa e qualitativa das peças a instruírem o agravo de instrumento ora tratado é devido ao fato aventado no §3º deste artigo. Mister ofereçam condições possibilitantes de julgamento de mérito. Esta possibilidade de agravo indica que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não abrem mão dos seus poderes de controle (para o Supremo: pleno e absoluto sobre toda a prestação jurisdicional prestada na Federação).

Preceitua o §2º deste art. 28 que "Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão". A uma primeira vista pode parecer encontrarmos, aí, alguma coisa que se constituiria "óbvia" o que nos leva a penetrar na sua razão de ser: o controle dos §§3º e 4º. Pela norma vigente temos eliminado o retorno ao juízo "a quo" no caso de provimento ao agravo e isto porque, encontrando-se o recurso devidamente ilustrado e instruído, possibilitará passagem ao julgamento do mérito. A decisão referida é, assim, uma decisão possuidora de um "plus" de algum modo inadmissível em termos de Teoria Geral dos Recursos mas que não deixa de ter os seus encantos doutrinários ou teóricos. Para nós, estas razões todas determinam dever ser referida "decisão", fundamentada.

Facilmente se constata que o conteúdo deste §3º é como que corolário dos §§ anteriores. Vale como tentativa altamente válida, embora de conclusões duvidosas, de aproveitamento de fases ou comportamentos processuais a serem, repetindo a palavra, aproveitadas de logo.

Dizemos "conclusões duvidosas" por não acreditarmos em condicionais em matéria jurídica e muito menos quando em jogo aspectos constitucionais. Na verdade, não deixa de ser perigoso usar a Constituição como laboratório para fórmulas sociais, políticas ou jurídicas. Note-se a expressão "se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito..." implica que o instrumento pode NÃO CONTER os elementos necessários ao julgamento do mérito... E então? Abrem-se possibilidades para o jogo judiciário com todos os seus perigos. Não é demais recordar que ficará ao sabor do relator sua inclusão em pauta.

Pela predominância dispositiva conferida às partes pelo nosso processo, cabe às mesmas partes apresentação em juízo do que pretende e como pretende. E este raciocínio é válido para qualquer grau de jurisdição e para qualquer tipo de procedimento. Sujeitará ademais, a causa ao juiz mesmo em se tratando do Supremo. Ainda que se alegue o sentido pedagógico que deve acompanhar a Constituição a ser interpretada e aplicada (pelo Supremo) indo além do jurídico para alcançar fatos sociais, políticos e econômicos, persiste a indagação: como se saberá da existência dos elementos necessários ao julgamento de mérito? ou se existem somente alguns deles? entre tantas outras hipóteses.

Tudo depõe contra este excesso de praticidade que o legislador quer conferir à celeridade ou mesmo ao andamento do processo, note-se, nesta fase recursal.

Provido o recurso há a destacar o procedimento a ser seguido: o próprio ao recurso especial. É admitida a sustentação oral pelas partes. Parece-nos que qualquer elemento (fato) novo que pudesse ser oferecido no instrumento e não o foi, quando da sustentação oral, poderá ser trazido ao Tribunal. É que não se pode falar de nenhuma maneira em preclusão. Contudo, se faz necessário não confundir esta aparente liberalidade com fugas às limitações próprias e específicas ao recurso especial.

Relativamente ao §4º seguimos idêntico raciocínio. Tratando-se de recurso extraordinário as premissas estão postas de maneira diferente

embora haja neste parágrafo o aproveitamento do texto (o disposto no §3º). Os motivos das nossas dúvidas serão os mesmos: também a mesma é a nossa descrença na fórmula indicada para julgamento.

Merecedor de destaque neste parágrafo é a existência simultânea dos recursos extraordinário e especial quando este será julgado em primeiro lugar. Considerações apressadas poderão indicar matéria de constitucionalidade aparecendo como "prejudicial" de matéria legal. Tal acontecerá por força de apreciação fática, nunca de apreciação jurídica. Poderá haver caso, a título excepcional, do inverso mas que não conseguimos vislumbrar. Nem deixemos de recordar que, em princípio, a matéria constitucional precede a todo e qualquer julgamento.

Já o §5º oferece dois momentos: 1.) a decisão do relator nega SEGUIMENTO ao agravo de instrumento: 2.) a decisão do relator nega PROVIMENTO ao mesmo. Para ambos os casos o remédio recursal ofertado é "agravo" para o órgão julgador. No prazo de cinco (5) dias.

Este agravo é mais um recurso que se incorpora à nossa legislação. Acreditamos que bastaria o embargo regimental encontrado lá no Regimento Interno do Supremo. Evitaria um monte de problemas. Mas, no caso presente, o legislador preferiu ampliar o "agravo regimental" encontrado no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 258).

O referido artigo é portador do seguinte texto:

"Art. 258 - A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de Relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a".

§1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido do recurso.

§2º .....

Quanto a possível falha de funcionário ou serventuário incumbido de trasladar as peças destinadas e instruir o agravo, aquelas expressamente determinadas por lei, cumpre destacar que cabe às partes "o dever de vigilância na perfeita formação do instrumento".

## V

O art. 29 da Lei 8.038/90 tem como correspondente no Código de Processo civil o art. 546.

Preceitua ele:

"Art. 29 - É embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da turma, seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno".

Cumprindo-se o Regimento Interno temos que o Presidente fará a distribuição em audiência pública e mediante sorteio, obrigatória e alternada, atendendo-se as diversas classes de processo. Evidente o tratamento especial conferido às exceções previstas no Regimento. Com a designação de relator, ao mesmo serão conclusos os autos. Havendo necessidade de vistas do Procurador-Geral, se for o caso, cumpre ao relator o pedido de dia para julgamento ou cumpre-lhe apresentar à mesa, para julgamento, o agravo.

O tratamento do agravo regimental junto ao Superior Tribunal de Justiça está disciplinado pelo art. 266 do seu Regimento Interno.

340.05  
A 636 FDR

<b>UFPE/CCJ -Biblioteca FDR</b>	
Origem: <u>Donação</u>	Valor: <u>R\$ 5,50</u>
Data: <u>10/03/2003</u>	
Nº Reg. <u>F001-2003</u>	
Vol. <u>05</u>	Ed. <u>Sep. Anuário do mestrado</u> <u>Sinclair</u>
	Ano <u>1993</u>

☆



