

THEOTONIO NEGRÃO (1918 – 2003)

Eduardo D. Bottallo

No dia 20 de março de 2003, faleceu Theotonio Negrão, uma das mais queridas e admiradas personalidades do mundo jurídico brasileiro.

Os Códigos Civil e de Processo Civil – sobretudo este último – anotados por Theotonio, transformaram-se em instrumentos indispensáveis no dia-a-dia dos profissionais do Direito. Mais do que isso, tais Códigos passaram a ser designados pelo substantivo comum “*theotonio*”, a maior homenagem que poderia ser prestada ao trabalho dedicado, inteligente e competente deste notável advogado.

Se quisesse, Theotonio poderia ter encerrado sua carreira, seja como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, seja, mesmo, como Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Convites para ocupar tão elevados cargos não faltaram, mas não foram capazes de abalar o profundo amor que Theotonio tinha pela advocacia, profissão que exerceu por mais de sessenta anos ininterruptos.

Conheci Theotonio Negrão muito jovem ainda, nos idos de 1962, quando ele, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, organizou um encontro estadual dessas entidades em São Bernardo do Campo. Naquela ocasião eu iniciava minha vida profissional como Procurador Municipal e fui incumbido pelo Prefeito Lauro Gomes de agir como elemento de ligação entre a Comissão encarregada do evento e a Prefeitura, sua principal patrocinadora.

A partir de então, e apesar das diferenças de idade e de qualificação profissional, nos tornamos fraternais amigos.

Theotonio não era particularmente afeito a conferências ou outras atividades acadêmicas, mas, em 1989, durante minha gestão como Diretor da Faculdade, acabou aceitando convite para aqui comparecer e falar sobre o recurso extraordinário à luz da recém-promulgada Constituição de 1988.

Esta palestra foi gravada pelo aluno José dos Santos Ramos e transcrita por outra destacada aluna daquela época, Josefina Brasil Fontes de Oliveira, detentora do Prêmio Paulo Teixeira de Camargo por haver-se formado em primeiro lugar ao longo dos cinco anos do Curso.

Ademais, a revisão do texto ficou a cargo do próprio Theotonio, tarefa de qual se desincumbiu alguns meses depois.

Penitencio-me publicamente de não haver, na ocasião, dado ao texto a divulgação que merecia.

É que ao receber, das mãos do próprio conferencista, o trabalho revisto, por razões que, agora, mostram-se obscuras, acabei “perdendo-o” no meio de incontáveis papéis que formam meu arquivo pessoal.

Passados todos esses anos e por uma dessas coincidências que não encontram explicação lógica, em recente investida contra minha falta de organização, acabei batendo os olhos sobre o precioso original, o que me tocou profundamente porque, ainda comovido pela morte do Amigo, senti a força de sua presença até mesmo na singela mensagem que me enviou em seu cartão de visitas.

Meu caro Eduardo:

tanto o Sidnei me envolveu
que acabei revendo pela segunda vez o mesmo

THEOTÔNIO NEGRÃO
ADVOGADO

trabalho. Aí vai. Um abraço.

6.6.90



Fico pensando que talvez tudo tenha se combinado para que este número da Revista da Faculdade, o primeiro dado a público após a morte de Theotonio, servisse de veículo para, em singela homenagem à sua memória, divulgar o texto inédito daquela palestra, cuja leitura, de total proveito e atualidade, possibilita que as novas gerações de estudantes desfrutem de um pequeno exemplo de como era claro, simples e, ao mesmo tempo, profundo o pensamento daquele singular jurista que, infelizmente, nos deixou.

Só resta, então, passar, ao leitor, o grande Theotonio Negrão.

¹ A referência é ao Desembargador Sidnei Agostinho Beneti, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade e também grande amigo de Theotonio.

O NOVO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PERSPECTIVAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

Theotonio Negrão**

Sumário: 1. Preliminares; 2. Evolução histórica; 3. Recurso de decisão de 1ª Instância; 4. Questão constitucional e infraconstitucional; 5. Recursos em mandado de segurança; 6. Interposição simultânea de recursos; 7. O fundamento constitucional do recurso; 8. Alegação de ofensa à Constituição; 9. Razoabilidade da alegação de ofensa à Constituição; 10. Violação de lei complementar ou de regulamento; 11. Decisões recorríveis; 12. Tribunais compostos de órgão Especial; 13. Fundamento inatacado do recurso; 14. Prequestionamento; 15. Arguição de relevância e Súmula 400; 16. Questão de fato; 17. Qualificação jurídica e valoração jurídica da prova; 18. Anotações no “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”; 19. Processamento do recurso; 20. Encerramento

1. Preliminares - Sou um homem profundamente sentimental. Perdoem-me se começo esta despreziosa palestra com uma confissão que pode não interessar muito aos senhores, mas que a mim interessa: é com prazer que volto a esta Escola. Da primeira vez¹ aqui estive a convite do meu particular amigo, Dr. Sidnei Agostinho Benetti, e desta vez volto a convite de meu também particular amigo, o seu Diretor, Dr. Eduardo Domingos Bottallo.

Em verdade, o Dr. Bottallo e eu nos conhecemos há muitos anos. Eu era até moço naquele tempo, embora os senhores possam não acreditar... E, já naquele tempo, surpreenderam-me a capacidade de trabalho, a honestidade intelectual, a inteligência, a cultura do Professor Eduardo Domingos Bottallo.

Quero prestar, de público, esta homenagem a ele, antes de dizer algumas despreziosas palavras aos senhores.

2. Evolução histórica - o problema do recurso extraordinário se entrosa com um velho problema jurídico, que é a crise de nossas instituições judiciárias. Existe uma crise de todo o Poder Judiciário em geral, mas essa crise sempre foi muito aguda, muito sensível, na cúpula do Poder Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal.

* Palestra na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, no dia 6.10.89. Gravada pelo acadêmico José dos Santos Ramos, transcrita pela acadêmica Josefina Brasil Fontes de Oliveira.

** Advogado em São Paulo

¹ “A Linguagem do Advogado”, palestra proferida o dia 11.11.86 (“Revista de Processo”, vol. 49, pág. 83).

Uma visão da evolução histórica do Supremo Tribunal Federal tornará mais fácil a compreensão do que é, atualmente, o recurso extraordinário, na nova Constituição.

O Supremo Tribunal Federal foi organizado inicialmente com algumas atribuições que, digamos assim, não eram tão fundamentais para a sua posição no Poder Judiciário Nacional. Uma delas era a de ser o tribunal de recursos da União; a outra era a de julgar recursos ordinários em mandados de segurança e habeas-corpus.

Isso acarretou, depois de algum tempo, a impossibilidade para o Supremo Tribunal Federal (especialmente a partir do Código de Processo Civil de 1939, que unificou a legislação processual em todo o país e aumentou, portanto, o número de recursos extraordinários), de dar conta do serviço que lhe fora atribuído.

Foram sendo retiradas, então, do Supremo Tribunal Federal funções que realmente não eram aquelas nucleares, fundamentais. De início, criou-se o Tribunal Federal de Recursos, e todas as questões em que eram interessadas a União e as entidades da administração direta e indireta federal, fundações e empresas públicas da União, passaram a ser atribuídas ao Tribunal Federal de Recursos.

Em seguida, foi suprimido o recurso ordinário em mandados de segurança e habeas-corpus. Mas, ainda assim, a crise continuou.

Aí, então, foi criada a chamada arguição de relevância, que, de certa forma, foi uma experiência necessária, mas desastrosa para nossas instituições judiciárias, porque desapareceu, praticamente, a possibilidade de uniformização do Direito Federal.

Tantas eram as dificuldades para que o recurso extraordinário chegasse ao Supremo Tribunal Federal, porque a arguição de relevância o impedia, que se verificou não ser mais possível manter-se aquela velha situação.

Veio, portanto, a nova Constituição e criou o Superior Tribunal de Justiça, extinguiu a arguição de relevância - agora temos um Tribunal encarregado de unificar o Direito Federal, isto é, a legislação federal ordinária e as matérias chamadas infraconstitucionais - e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal aquilo que não podia deixar de ser entregue a ele e que passou a ser a sua exclusiva função: a de interpretar o direito constitucional brasileiro.

A atual Constituição preceitua, em seu artigo 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Esta, realmente, é a função do Supremo Tribunal Federal, e isso traz repercussões no tema que vamos expor.

Diz esse mesmo artigo 102, em seu inciso III, que ao Supremo Tribunal Federal compete “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última

instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição” (portanto, matéria constitucional); b) “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (da mesma forma, tema constitucional); c) “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição” (ainda tema constitucional).

Os senhores verão como isto começa a repercutir no novo sistema constitucional instalado.

3. Recurso de decisão de 1ª Instância - Começemos por uma questão. Por exemplo: a Constituição diz: “decisão de única ou última instância”. O pormenor é relevante, porque as Constituições anteriores diziam de maneira diferente, pois mencionavam causas decididas em única ou última instância “por Tribunais”. A atual Constituição não diz isto; não diz que, para que a causa tenha acesso ao Supremo Tribunal Federal, seja necessário passar primeiro por um Tribunal. Ela pode ir diretamente de um juiz singular para o Supremo Tribunal Federal, desde que haja matéria constitucional.

Isto é muito importante porque, a partir de um certo tempo, no intuito de agilizar a Justiça, a Lei Federal nº 6.825, de 1980, limitou os recursos quanto ao valor e quanto a certos temas na Justiça Federal. Em seguida, a Lei nº 6.830, do mesmo ano, relativa a execuções fiscais, também limitou o recurso em matéria de execuções fiscais, daí surgindo um problema: se não há recurso para o Tribunal, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional?

A Constituição de 1969, ou melhor, a Emenda Constitucional de 1969, não permitia o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, o que veio a criar uma situação absolutamente anômala, porque, se há alguma coisa que não pode ser sonogada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, é exatamente a questão constitucional.

O Supremo Tribunal Federal então criou uma forma indireta para que ali fossem ter as questões constitucionais: essas leis, a nº 6.825 e a nº 6.830, dizem que não caberá recurso algum, a não ser para o juiz de primeiro grau, em determinadas questões; o Supremo Tribunal Federal passou a dizer o seguinte: “- Não senhor! Das sentenças, cabe apelação para o Tribunal, desde que haja matéria constitucional, porque da apelação, sem dúvida, caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal”.

Conseguiu-se, assim, dar a volta em um preceito constitucional e manter para o Supremo Tribunal Federal aquela possibilidade de conhecimento relativamente ao que era de sua obrigação fundamental: defender a Constituição.

Esta nova Constituição já não apresenta mais esse problema, porque se limita a dizer que as causas decididas em única ou última instância ensejam recurso extraordinário, quando houver matéria constitucional em discussão.

E não há dúvida de que foi esta a intenção do legislador constituinte porque, se nós confrontarmos esse dispositivo com um outro, da Constituição mesmo, o artigo 105, inciso III, verificaremos que a competência do Superior Tribunal de Justiça é a de “julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância” (e aí é igual ao dispositivo do recurso extraordinário, mas daí em diante não é mais) “pelos Tribunais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, etc.

Quer dizer que, para o Superior Tribunal de Justiça, não há acesso direto contra decisão de juiz singular: é preciso que, primeiro, passe por um tribunal para que, depois, possa chegar ao Superior Tribunal de Justiça. Já para as questões constitucionais, pode haver acesso direto, o que permite que as chamadas causas de alçada cheguem ao Supremo Tribunal Federal.

4. Questão constitucional e infraconstitucional - Surge, então, um problema: temos que indagar o que acontecerá se uma mesma decisão contiver matéria constitucional e matéria infraconstitucional, relativa a lei ordinária federal. Devem os dois recursos ser interpostos simultaneamente, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça?

A questão ainda está em aberto. Espera-se que o Congresso Nacional, que legisla sobre o assunto, siga um projeto apresentado pelo Tribunal Federal de Recursos disciplinando o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Esse projeto, por ser originário do Tribunal Federal de Recursos, preocupou-se exclusivamente com o recurso especial, deixando de lado o recurso extraordinário, o que, inclusive, trará o inconveniente de dois procedimentos diferentes, para um e para outro.

Tive, até, oportunidade de remeter ao relator desse projeto na Câmara dos Deputados algumas sugestões, no sentido de que fosse unificado o procedimento dos dois recursos, decidindo o legislador, antes de tudo, se o procedimento previsto pelo Tribunal Federal de Recursos em seu projeto é o melhor ou não. Se não for, basta que se dê ao recurso especial o mesmo procedimento existente agora para o recurso extraordinário; e, se for, que o recurso extraordinário tenha o procedimento fixado no projeto para o recurso especial.

Mas, como sempre, aguarda-se que o Congresso Nacional faça a lei, porque um dos méritos do Congresso Nacional pode ser, também, o de não fazer leis. Só que, neste caso, a lei é necessária.

A questão é, portanto, a seguinte: devem ser interpostos simultaneamente o recurso especial e o recurso extraordinário?

Minha opinião (e, como me dirijo especialmente a advogados, estou muito à vontade, porque dou minha opinião “ad cautelam”): não há prejuízo em que sejam interpostos

ambos os recursos simultaneamente, mas poderá haver prejuízo irremediável se não for interposto recurso extraordinário e houver matéria constitucional em discussão; poder-se-á entender que houve preclusão em relação a esta.

E, para isso, há antecedentes históricos. As Súmulas 354 e 355 do Supremo Tribunal Federal estabelecem o seguinte: se uma decisão proferida em grau de apelação tiver uma parte unânime e uma parte não unânime, será embargável na parte não unânime e, na outra, poderá comportar recurso extraordinário ou recurso especial para os Tribunais superiores. Assim, havendo questões separáveis, cada uma seguirá seu destino: naquela em que houver unanimidade de votos, poderão caber recurso especial e extraordinário; naquela em que não houver, caberão embargos infringentes. Se não forem interpostos, isto é, se, cabendo os embargos, não forem opostos e a parte tentar diretamente, no que não for unânime o acórdão, o recurso extraordinário ou o especial, estes não serão conhecidos, porque o acórdão, nesse ponto, não é decisão final.

Este é um precedente histórico. Outro precedente histórico é o do Código de Processo de 1939. Discutiu-se, quando ele foi promulgado, se o recurso extraordinário e o de revista deviam ser interpostos simultaneamente. O recurso de revista correspondia, mais ou menos, ao que hoje se chama de uniformização da jurisprudência, mas com outra disciplina, muito melhor, a meu ver (e que hoje encontra correspondente nos embargos de divergência perante os tribunais superiores) e é uma pena que tenha sido substituído pelo incidente de uniformização de jurisprudência. Discutia-se, então, se a parte devia interpor simultaneamente o recurso extraordinário e o de revista, ou se devia aguardar primeiro que fosse julgado este, para então interpor o recurso extraordinário. Como havia essa dúvida, o Decreto-lei nº 4.565/42 acrescentou um parágrafo 2º ao artigo 808 do Código de Processo Civil de 1939, para esclarecer que a interposição devia ser simultânea. Quer dizer que, não interposto o recurso extraordinário e só interposto o de revista, o recurso extraordinário estava prejudicado, não podendo mais ser interposto.

Existem, portanto, esses dois antecedentes históricos que levam a supor que, se determinado acórdão do tribunal contiver questões constitucionais e questões infraconstitucionais, a parte, sob pena de preclusão, deve recorrer para o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, ou para o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário.

5. Recursos em mandado de segurança - Existe um outro problema relacionado com esse, que é o seguinte: o mandado de segurança enseja dois tipos de recurso para o Superior Tribunal de Justiça; se ele for negado, comportará recurso ordinário, mas, se for concedido, somente admitirá recurso especial.

Há uma diferença entre esses dois recursos. O recurso ordinário é um recurso de direito e de fato: todas as questões são levadas ao Superior Tribunal de Justiça, inclusive as questões de fato e as de interpretação do direito estadual e do direito municipal. Já o recurso especial contra acórdão que concede a segurança só pode alegar negativa de vigência

de lei federal, sendo vedada, também, a reapreciação das questões de fato, soberanamente apreciadas pelo acórdão recorrido (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal).

Se houver uma questão constitucional em mandado de segurança denegado por Tribunal, deve o recurso extraordinário ser interposto simultaneamente com o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça?

Aí eu diria que não. E diria que não porque o recurso ordinário, sendo um recurso de direito e de fato, exclui a possibilidade e a necessidade do recurso extraordinário, ou seja, é da natureza das coisas que o recurso extraordinário só seja interposto depois que não couber mais, no sentido amplo, qualquer recurso ordinário.

6. Interposição simultânea de recursos - Há uma outra questão, também, que não deixa de ser interessante. Poderá o recurso extraordinário ser interposto simultaneamente com o recurso especial, quando o acórdão recorrido tiver enfrentado, simultaneamente, questões constitucionais e infraconstitucionais?

Dou um exemplo: o Código de Processo Civil diz, em seu artigo 458, que é requisito essencial da sentença a fundamentação; se uma sentença não for fundamentada, será nula, por infringência desse dispositivo do Código de Processo Civil. E aí temos uma questão infraconstitucional. Mas a nova Constituição também diz que, sob pena de nulidade, as decisões devem ser fundamentadas (artigo 93, inciso IX). De maneira que temos, sobre o mesmo tema, dois preceitos de lei, um constitucional, que autorizaria o recurso extraordinário, e um infraconstitucional, que daria recurso ao Superior Tribunal de Justiça. Devem ser interpostos os dois simultaneamente?

Eu lhes dou a minha experiência de advogado: já interpus esses dois recursos ao mesmo tempo. Houve um acórdão que entendi não ter fundamentação; interpus recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, alegando violação do Código de Processo Civil, e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, invocando a ofensa ao texto constitucional

7. O fundamento constitucional do recurso - Seria interessante, agora, dizer alguma coisa sobre os requisitos do recurso extraordinário.

Tais requisitos são de natureza formal, muito apertados, muito sutis e rígidos; às vezes, parecem ter por objetivo impedir que o Supremo Tribunal Federal conheça do recurso extraordinário (e é por isso que dei uma explicação preliminar aos senhores). Isso de certa forma se justificava, pois aquele Tribunal tinha tanto serviço, antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, que lhe era materialmente impossível conhecer de todos os recursos extraordinários cabíveis; então, foi criada uma série de pressupostos para que eles fossem, ou melhor, para que não fossem conhecidos. Mas até que seus eminentes juizes se libertem disso (porque agora vão ficar com muito menos trabalho, julgando apenas questões

constitucionais), creio que, por força da inércia, algumas dessas antigas construções jurisprudenciais do Supremo continuarão a vigorar. Vale a pena, portanto, chamar a atenção dos senhores sobre as dificuldades técnicas mais comuns, ligadas à interposição do recurso extraordinário.

A primeira é o fundamento constitucional do recurso. O Supremo Tribunal Federal entende que, se o recorrente não disser que foi violado o artigo 102, inciso III, letra “a”, da Constituição Federal, não poderá ele conhecer do recurso com fundamento na letra “a”, o que não deixa de ser estranho, e isto eu digo com o maior respeito ao mais alto Tribunal deste país, porque é obrigação, mais dele do que nossa, a de fazer respeitar a Constituição, da qual é o guardião mais categorizado; de maneira que, se existe um tema constitucional no acórdão recorrido, a falta de indicação ou a defeituosa indicação do inciso ou alínea em que se funda o recurso não deve impedir o seu conhecimento, desde que seja possível deduzir-se esse fundamento, inequivocamente, do contexto da petição de interposição. Mesmo porque “jura novit cúria”: o Tribunal conhece o direito; não é preciso que ele seja invocado, para que o aplique.

Mas aqui fica um aviso. Digam sempre: “... com fundamento no artigo 102, III...” e invoquem uma das alíneas do inciso. A mais comum é a alínea “a”. No sistema da velha Constituição, as alíneas “a” e “d” eram as mais freqüentemente invocadas, sendo as outras praticamente inexistentes. A primeira era relativa à violação da Constituição ou à negativa de vigência de lei complementar ou ordinária federal (estas duas últimas passaram, agora, para a competência do Superior Tribunal de Justiça); outro fundamento era o dissídio jurisprudencial (letra “d”). Hoje, como antigamente, a alegação de diversidade de jurisprudência é desnecessária para justificar o cabimento do recurso extraordinário em matéria constitucional (embora facilitasse, no sistema anterior, o conhecimento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal), mas é muito importante para ensejar o recurso especial, que tem como um de suas finalidades precípuas, se não a mais importante, a uniformização da jurisprudência sobre as leis ordinárias federais.

Este é, pois, o primeiro requisito. Não deixem de colocar, na petição de interposição, o fundamento constitucional do recurso extraordinário interposto, nem se esqueçam de mencionar, complementarmente, qual o dispositivo específico da Constituição que teria sido violado. E mais: justifiquem, fundamentada e cumpridamente, por que entendem que ocorreu essa violação.

8. Alegação de ofensa à Constituição - O segundo requisito da petição de interposição diz respeito ao cabimento do recurso.

Não é qualquer alegação de aparente violação da Constituição que o enseja. O Supremo Tribunal Federal firmou a jurisprudência de que não basta a alegação de ofensa à Constituição: é preciso que tenha havido violação frontal e direta da Constituição.

“Direta e frontal”, dizem dois acórdãos que anotei (RTJ 107/661 e 120/912), ou “direta e não por via reflexa” (RTJ 105/704 e 105/1.279). Dizem, ainda, outros: se, para provar a ofensa à Constituição, eu tenho que argumentar com a violação de lei infraconstitucional, esta é que foi a lei violada, e não a Constituição (RTJ 94/462, 103/188, 104/191).

Ainda nesse assunto, já expliquei que, havendo violação simultânea da Constituição e de lei ordinária, pelo mesmo acórdão, nada impede que seja interposto recurso extraordinário simultaneamente com recurso especial. Pelo menos “ad cautelam”, ninguém terá nada a perder por ter interposto recurso também ao Superior Tribunal de Justiça, e ele decidirá, inclusive, talvez, a questão constitucional, pois até agora não se sabe se este, ao julgar o recurso especial, poderá ou não apreciar questões constitucionais. Até o momento, não há qualquer manifestação desses dois Tribunais sobre esse tema: saber se é possível, ou não, levar ao Superior Tribunal de Justiça também a alegação de violação da Constituição, cabendo, mais tarde, recurso extraordinário contra a sua decisão.

Aliás, também pode acontecer que o problema constitucional não tenha sido suscitado por ocasião do julgamento do Tribunal local, mas acabe surgindo no próprio Superior Tribunal de Justiça. Não há dúvida alguma de que caberá, da decisão deste Tribunal, em matéria constitucional superveniente ou prejudicial, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

9. Razoabilidade da alegação de ofensa à Constituição - A Súmula 285 do Supremo Tribunal Federal afirma que não cabia recurso extraordinário pelo fundamento da alínea “c” do art. 101, III, da Constituição de 1946 - julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição - se não fosse “razoável” a alegação de ofensa à Constituição Federal.

Eis aí um termo jurídico muito simpático, mas também muito subjetivo: o que é razoável e o que não é razoável ?

No fundo, razoável é aquilo que eu acho que é razoável, e não é razoável aquilo que eu acho que não é razoável. Trata-se, portanto, de critério extremamente subjetivo, mas, de qualquer forma, tem sido aceito pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Moreira Alves, que é um nome de imenso e justo prestígio no Supremo Tribunal Federal, tem se preocupado em construir uma teoria objetiva a respeito do tema, e isto por causa da Súmula 400, a que vamos voltar. De certa forma, ele diz o seguinte: razoável é aquilo que a jurisprudência ou os doutrinadores, em maioria ou em número significativo, embora minoritário, dão como certo; inversamente, não é razoável a opinião isolada ou definitivamente superada por julgados posteriores. Quando há opiniões divergentes sobre a mesma tese de direito, ambas podem considerar-se razoáveis, desde que tenham por si argumentos ponderáveis.

Esse dispositivo da Súmula 285 (segundo o qual é preciso que seja razoável a alegação de ofensa a um texto da Constituição Federal, para que o recurso extraordinário seja admitido) tem sido, combinado com o disposto na Súmula 400, um poderoso empecilho ao seguimento dos recursos extraordinários. Os presidentes dos Tribunais “a quo”, para negá-los, costumam usar a cômoda desculpa: a interpretação da Constituição ou da lei federal, feita no acórdão recorrido, foi, no mínimo, razoável. Tenham, porém, os senhores em conta o seguinte: quem poderá dizer se determinada interpretação é ou não razoável será, exclusiva e conclusivamente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o agravo interposto da decisão denegatória e, em seguida, se for o caso, ao julgar o recurso extraordinário.

10. Violação de lei complementar ou de regulamento - Duas questões, sobre hierarquia das leis, devem ser esclarecidas.

Primeira: a lei complementar não equivale à Constituição. A lei complementar é uma lei de segundo grau na hierarquia de nossas leis, não tendo o “*status*” de lei constitucional; por isso, o Supremo Tribunal Federal não conhece de recurso extraordinário fundado em alegação de violação de lei complementar, a menos que essa lei complementar seja uma reprodução da Constituição. Neste caso, porém, não foi violada a lei complementar, mas a Constituição.

Segunda: a mesma coisa ocorre quanto ao regulamento em desacordo com a lei, que é considerado pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/1.362) apenas ilegal, e não inconstitucional. É outra interpretação restritiva do recurso extraordinário. Sem dúvida que, à primeira vista, o decreto é ilegal, porque viola a lei, a que está hierarquicamente subordinado; mas é também inconstitucional, porque quem diz que a lei prevalece sobre o regulamento é a Constituição, de maneira que, em última análise, o regulamento que viola a lei é não só ilegal, como também inconstitucional.

11. Decisões recorríveis - Continuando: em que casos cabe o recurso extraordinário? Das decisões finais. Mas o que se considera uma decisão final?

É aquela de que já não cabe recurso ordinário. A decisão embargável, por exemplo, não é final, no ponto em que é embargável; e é final, no restante (v. Súmulas 354 e 355 do STF).

Há decisões, por exemplo, que, no juízo ou no Tribunal de origem, comportam recurso, qualquer que seja. Não são recorríveis extraordinariamente (Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal). E é por isso que digo que a decisão de Tribunal denegatória de mandado de segurança não é final, porque contra ela cabe recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça; só será final depois que este julgar o recurso ordinário.

12. Tribunais compostos de órgão Especial - Outra questão: o incidente de inconstitucionalidade é julgado pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão Especial, que tem um

número limitado de juizes. Quando há uma questão constitucional essencial para a decisão da causa e a Turma Julgadora conclui pela inconstitucionalidade da lei, os autos têm de ser remetidos ao Tribunal Pleno ou ao órgão Especial, para que ele cancele a decisão ou a rejeite - declare ou não a inconstitucionalidade da lei, do regulamento ou do ato. O processo volta, em seguida, à Turma Julgadora, que completa o julgamento, aplicando ao caso a tese de direito decidida pelo Tribunal Pleno ou pelo órgão Especial.

Diz a Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.

Entendo que esta Súmula não está mais em vigor. Ela é do tempo em que o recurso extraordinário era cabível tanto em matéria constitucional como infraconstitucional, e atendia ao objetivo prático de evitar a interposição de dois recursos extraordinários no mesmo feito. Agora, a matéria constitucional e a infraconstitucional são separadas quanto à competência recursal: a infraconstitucional é do Superior Tribunal de Justiça e a constitucional, do Supremo Tribunal Federal, de maneira que quando um Tribunal estadual ou federal, no incidente de inconstitucionalidade, aprecia a constitucionalidade de uma lei, decide conclusivamente esse tema (a que a turma julgadora, mais tarde, não poderá retornar) e julga em definitivo essa questão. É razoável, portanto, que de sua decisão deva desde logo caber recurso extraordinário

Também sobre isto chamo a atenção dos senhores: se tiverem um caso desses, “ad cautelam”, recorram duas vezes, ou seja, recorram da decisão que julgar o incidente de inconstitucionalidade e recorram, mais tarde, do acórdão que, aplicando o que foi julgado no incidente de inconstitucionalidade, julgar a causa.

13. Fundamento inatacado do recurso - Outra jurisprudência importante está consubstanciada na Súmula 283, que dispõe sobre os acórdãos com mais de um fundamento, estabelecendo que o recurso extraordinário ou o recurso especial são incabíveis se não atacam todos eles.

O recurso deve visar a objetivos práticos, porque o Tribunal não decide questões acadêmicas: é preciso que o recurso interposto, ordinário ou extraordinário, tenha uma utilidade prática para o recorrente, uma finalidade prática.

Suponhamos uma decisão que tenha dois fundamentos, ou seja, um fundamento constitucional e um infraconstitucional, e suponhamos que os dois, separadamente, sejam bastantes para a decisão, isto é, que qualquer deles, isoladamente, leve, sem necessidade de invocar-se o outro, à conclusão adotada por um acórdão de que se pretenda recorrer: é possível recorrer desse acórdão extraordinariamente ?

Sim, desde que também seja manifestado recurso especial quanto ao fundamento infraconstitucional do acórdão.

14. Prequestionamento - Outra questão muito séria é a do prequestionamento.

O recurso extraordinário, para ser cabível, exige o prequestionamento dos textos invocados na petição de interposição.

As Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal são expressas: a questão federal suscitada no recurso deve ter sido ventilada na decisão recorrida; deve constar que assim foi julgado em face de determinado texto de lei. Se o acórdão tiver feito, por exemplo, uma afirmação óbvia e declarado que um homem só pode casar com mulher, pois do contrário não existe casamento, a parte que quiser recorrer desse acórdão terá que entrar com embargos de declaração para perguntar: - “Por que os senhores deixaram de aplicar o artigo 180 do Código Civil? Ele não exige, para validade do casamento, que os cônjuges sejam de sexo diferente...”, porque, se não perguntar isto e se o referido artigo não estiver expressamente mencionado no acórdão, não estará configurado o requisito do prequestionamento. Quer dizer: o texto em causa deve constar da decisão recorrida, para ensejar a admissibilidade de recurso por negativa de sua vigência.

É verdade que, ao julgar os embargos de declaração, o Tribunal poderia dizer, no exemplo dado, que não aplicara aquele artigo porque em nenhum lugar dele está dito, pelo menos explicitamente, que só pode haver casamento entre pessoas de sexo diferente... Já me aconteceu de, em embargos de declaração, indagar por que os juizes não haviam aplicado determinado artigo, e a turma julgadora, com a maior sem-cerimônia, respondeu que não aplicara porque não era aplicável (apesar de, no meu entender, não haver dúvida possível quanto à sua incidência, que era gritante); mas o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário que interpus.

O que é prequestionamento? Prequestionamento quer dizer questionamento **antes**, apresentação do tema antes do julgamento, e não depois. Para tornar viável um futuro recurso extraordinário, vocês devem - desculpem-me por dizer “vocês”, mas começo a tomar amizade e passo a chamá-los de “vocês”... - antes do julgamento da causa, em razões ou mesmo no esquema de sustentação oral, dizer expressamente que é aplicável à espécie o artigo tal da Constituição. Se não o fizerem, não haverá prequestionamento (a menos que esse dispositivo seja expressamente mencionado no acórdão), e, portanto, não caberá o recurso extraordinário.

E vejam bem: o Supremo Tribunal Federal, antes desta Constituição, dizia o seguinte: “Não há prequestionamento implícito, mesmo em matéria constitucional” (RTJ 125/1.365). Considero, com o máximo respeito, insustentável essa opinião, porque a única função indelegável do Supremo Tribunal Federal é a de declarar, no caso concreto, se foi ou não cumprida a Constituição. A Constituição não é uma lei ordinária, a Constituição é a lei

das leis, e o Supremo Tribunal Federal não é um Tribunal comum, mas o guardião dessa lei das leis. Portanto, deve ele defender como ninguém a sua competência, impedindo que ela seja usurpada por outro Tribunal (o que ocorre se este aprecia, em caráter conclusivo, matéria constitucional, ainda que implícita), porque das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a Constituição podem surgir conseqüências das mais relevantes: as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos são importantíssimas na vida daquele país.

Até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal teve competência em matéria constitucional e infraconstitucional. Faço votos para que, de agora em diante, limitado às questões constitucionais, possa ele traçar os rumos do país, como a Corte Suprema dos Estados Unidos traça. É verdade que a Constituição dos Estados Unidos é uma Constituição sintética, ao passo que a nossa é analítica: sempre colocam mais artigos na Constituição, porque parece que todas as coisas são muito importantes neste país, de modo a merecer sua inclusão em nossa Lei Maior. Talvez seja por isso que se cumpre tão pouco a Constituição: porque tem uma porção de textos que realmente não envolvem matéria constitucional.

Mas, de qualquer modo, quem deve dizer o que é e o que não é matéria constitucional é o Supremo Tribunal Federal - e agora está ele com tempo e com atribuições para fazê-lo. Vamos esperar que o faça.

15. Argüição de relevância e Súmula 400 - Além do prequestionamento, há outro requisito, outra dificuldade, para o conhecimento do recurso extraordinário. (Eu ia dizer “óbice”, e peço licença para abrir um parêntese: essa palavra óbice é uma palavra meio maldita, porque, no sistema anterior, havia o chamado óbice constitucional da “argüição de relevância”, que era um obstáculo praticamente intransponível a que qualquer causa chegasse ao Supremo Tribunal Federal. Mais de noventa por cento dos recursos extraordinários estavam sujeitos ao crivo prévio da argüição de relevância: o recurso somente era processado se, antes de sequer examinar os autos, o Supremo houvesse decidido que a questão federal nele suscitada era relevante. Esta exigência, felizmente, já não existe, mas continuam a existir os óbices do prequestionamento e da Súmula 400).

Esta Súmula 400 é, de certo modo, surpreendente, porque diz o seguinte: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário por negativa de vigência da lei”.

A Súmula cita a letra “a” do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1946, que abrangia tanto a negativa de vigência de lei federal como a ofensa à Constituição. De maneira que, mesmo quando ofendida a própria Constituição, em face da Súmula 400, se a decisão é razoável não cabe recurso extraordinário.

Esta Súmula é, de certo modo, surpreendente, como já disse, porque leva a uma conclusão que um leigo jamais conseguiria entender: o Supremo Tribunal Federal

podia decidir, no mesmo dia, duas hipóteses iguais, de maneira totalmente diferente, e as duas vezes igualmente bem.

Tomemos, por exemplo, o princípio da fungibilidade dos recursos. Hoje, a jurisprudência do Supremo e a dos demais Tribunais é pacífica em admiti-lo; mas, no início de vigência do Código de Processo, ainda não se conhecia bem o alcance de suas disposições. Aconteceu que, em palavras, a meu ver, muito infelizes, o excelso processualista Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do anteprojeto de Código, dissera que tinha sido suprimido esse princípio porque, no seu entender, era muito fácil saber qual o recurso cabível, no novo sistema instituído (a experiência subsequente mostrou que essa afirmação não era exata), e que, por isso, não havia necessidade da aplicação desse princípio, uma vez que só por erro grosseiro é que se poderia errar na interposição do recurso. Pois bem; suponhamos que, nesse início de vigência do Código de Processo atual, uma decisão tivesse dito: não existe mais o princípio da fungibilidade, e outra tivesse afirmado: ainda subsiste o princípio da fungibilidade. Se o recurso extraordinário contra essas duas decisões de Tribunais diferentes tivesse sido interposto não por dissídio jurisprudencial - porque, se houvesse dois acórdãos divergentes, o Supremo teria que julgar o recurso - mas que tivesse sido interposto por negativa de vigência do artigo 496 do Código de Processo Civil, o que aconteceria?

O Supremo Tribunal Federal poderia decidir, na mesma sessão, no mesmo dia, pelo mesmo relator, pela mesma turma de julgadores, que as duas decisões eram razoáveis, embora tomada em sentidos diametralmente opostos, e manteria ambas.

Não existe essa possibilidade, penso eu, em matéria constitucional, porque, embora a Súmula 400 possa abranger também a ofensa à Constituição, há uma reação dentro do Supremo contra essa extensão. O acórdão que está noticiado na RTJ 101/445 afirma que, para o efeito de admissibilidade do recurso extraordinário, não se pode falar em interpretação razoável de preceito constitucional, que arrede, por aplicação da Súmula 400, o conhecimento do recurso extraordinário: a interpretação ou é certa, ou não é; e, se não é, o recurso cabe.

Esta, a meu ver, é a tese correta, porque a Constituição não pode estar sujeita a interpretações dissonantes. Não é possível aceitar-se que, em assunto dessa magnitude, haja, nos Tribunais, duas interpretações razoáveis, porém divergentes.

Aliás, o Ministro Oscar Corrêa, em um de seus últimos votos no Supremo Tribunal Federal (RT 640/205, págs. 212 a 214), travou memorável discussão sobre este ponto, dizendo que nunca havia aplicado a Súmula 400 porque, mesmo em matéria de interpretação de lei ordinária, achava inconcebível que duas decisões fossem válidas ao mesmo tempo para o Supremo Tribunal Federal e, mais inconcebível ainda, que aquela que não fosse a melhor pudesse prevalecer no Supremo. Seria, acrescento, como se aquele Tribunal dissesse aos litigantes: “Olhem, existe esta interpretação, pode ser que não seja a melhor, mas vocês continuem na dúvida sobre qual o direito aplicável, porque, no dia em que houver dissídio jurisprudencial, aí eu vou apreciá-la; mas, enquanto vocês me invocarem

apenas negativa de vigência de lei federal, não vou conhecer do recurso, por aplicação da Súmula 400”.

Entendo, por tudo isso, que, em matéria constitucional, especialmente agora, não há mais possibilidade de invocação da Súmula 400. Em todo caso, se vocês interpuuserem recurso extraordinário, não deixem de dizer que o acórdão está errado e que nada tem de razoável aquilo que ele decidiu, porque não se sabe ainda como é que vão ser as decisões do Supremo Tribunal Federal, na vigência da atual Constituição.

16. Questão de fato - Outro problema do recurso extraordinário e do recurso especial é a questão de fato. O Supremo Tribunal Federal diz, e sobre isso não pode haver dúvida, que as questões de fato não autorizam o recurso extraordinário (Súmula 279).

O fato é aquilo que o Tribunal recorrido fixou. Se ele diz que um gato é um cachorro, não há o que discutir em recurso extraordinário ou em recurso especial: o gato passará a ser um cachorro, naquela causa... Isso porque o recurso extraordinário é um recurso exclusivamente de direito.

Ora, todos sabemos que a sentença deve ser um silogismo perfeito, em que a premissa maior é dada pelo direito aplicável e a premissa menor pelo fato, seguindo-se, do cotejo entre ambas, a conclusão. Somente a premissa maior, o direito aplicável, é que vai ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. As outras questões, as de fato, ficam encerradas no Tribunal de origem.

Mas, às vezes, uma questão aparentemente de fato é, em realidade, uma questão de direito, da mesma forma como, por vezes, na aplicação de uma lei estadual ou municipal pode surgir um problema constitucional ou de negativa de vigência de lei federal. É o que ocorre, por exemplo, quando, a propósito de uma lei municipal, se discute sobre a data em que ela entrou em vigor, aplicando-se, para isso, a Lei de Introdução ao Código Civil, que é uma lei federal. No conflito de uma lei municipal com outra federal, pode até mesmo surgir uma questão constitucional que abra caminho ao recurso extraordinário, a saber: qual delas prevalece ?

17. Qualificação jurídica e valoração jurídica da prova - A “questão de fato” comporta maior exame também no tocante ao que se chama de “qualificação jurídica” e “valoração jurídica da prova”, que não são questões de fato, porém de direito, autorizando, portanto, conforme o caso, recurso extraordinário ou especial.

Suponhamos que, a partir de determinados fatos, o Tribunal recorrido tenha assentado que, na hipótese, o testador havia constituído um usufruto em favor do legatário. Eu não posso discutir a versão dos fatos aceita pelo acórdão recorrido, mas posso demonstrar que, com base nessa versão, havia um fideicomisso, e não um usufruto; posso mostrar que a premissa maior do raciocínio do Tribunal não era certa e defender uma conclusão diferente daquela a

que ele chegou. Se acolher essa argumentação, o Tribunal “ad quem” (no caso, seria o Superior Tribunal de Justiça) poderá dar a esses fatos uma definição jurídica diversa da que lhes atribuiu o Tribunal “a quo”. Pode entender que o caso era mesmo de fideicomisso, e não de usufruto. A isto é que se denomina a “qualificação jurídica do fato” pelo Tribunal superior.

De outro lado, o Código Civil e o Código de Processo Civil estabelecem para determinadas hipóteses quais as provas cabíveis ou incabíveis: certas provas são obrigatórias, só servem elas, ou, então, não são aceitas para determinado caso. Se o acórdão recorrido se tiver afastado do valor que a lei atribui ou nega a alguma prova, caberá recurso especial, porque a “valoração jurídica da prova” terá sido feita em desacordo com a lei aplicável.

Poderá até caber recurso extraordinário. Eu mesmo já interpus um, recentemente, alegando violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Esse inciso diz o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse inciso pode dar muito recurso extraordinário e eu chamo a atenção de vocês para ele.

A Constituição anterior assegurava o contraditório apenas no processo penal. Agora, esta diz o seguinte: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo é assegurado o contraditório...” Quer dizer: não se admite mais processo judicial de qualquer espécie que não seja contraditório. Então, exatamente por isso, interpus recurso extraordinário, porque foi considerada e recebida como prova uma declaração extrajudicial: uma testemunha de determinado ato firmou uma declaração escrita, com firma reconhecida, dizendo tudo quanto sabia a respeito. O Tribunal deu valor a essa declaração e nela se baseou expressamente, para proferir sua decisão. Essa declaração, segundo o preceito constitucional, não tem valor algum, porque não foi submetida ao contraditório. A testemunha teria de comparecer a juízo, para que a parte contrária reperguntasse sobre aquela declaração; do contrário, esta nada vale.

18. Anotações no “Cód. de Proc. Civil e Legislação Processual em Vigor”

- Chamo a atenção para o fato de que, no volume “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 19ª edição, mencionei uma série de Súmulas sobre o recurso extraordinário.

As que estou separando, agora, nesta exposição, vêm a ser apenas as aplicáveis em matéria constitucional, ou seja, ao recurso extraordinário. As outras se referem ao recurso especial, sendo, portanto, Súmulas que o Superior Tribunal de Justiça poderá adotar ou não.

19. Processamento do recurso - O que acontece se o recurso extraordinário é denegado?

O recurso extraordinário é interposto no prazo de 15 dias. É impugnada sua admissibilidade no prazo de 5 dias. No chamado juízo de admissibilidade, o Presidente do

Tribunal, ou melhor, a Presidência do Tribunal, decide se é ou não caso de recurso extraordinário.

Se decide que é caso de recurso extraordinário, o recurso subirá e o Supremo poderá conhecer dele ou não, pois não fica adstrito a esse juízo de admissibilidade.

Se o Presidente nega o recurso extraordinário, caberá agravo de instrumento para o Supremo, no prazo de 5 dias; o Ministro relator do agravo poderá dar-lhe provimento e mandar subir o recurso extraordinário, para que o Supremo o aprecie como merecer. Por outras palavras, o Supremo não fica obrigado a dar provimento ao recurso extraordinário, só porque o relator o mandou subir; e até mesmo acontece, não raro, que, posteriormente, melhor examinando a hipótese, o próprio relator do agravo, que mandara subir o recurso extraordinário, dele não tome conhecimento.

Se, no Supremo Tribunal Federal, o relator negar provimento a agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário, caberá agravo regimental para a eventual Turma julgadora do recurso extraordinário. Se der provimento, nenhum recurso caberá.

No Superior Tribunal de Justiça, se for provido o agravo interposto da decisão denegatória de recurso especial, o relator poderá colocar o recurso especial desde logo em mesa, se entender que os autos do agravo permitem o julgamento desse recurso (art. 254, § 2º, do seu Regimento Interno). Acho uma solução excelente, mas evidentemente devem ser tomadas as devidas cautelas, para a parte contrária não ser apanhada de surpresa.

No Supremo Tribunal Federal não é assim. Provido o agravo de instrumento, faz-se a comunicação ao Tribunal de origem, para que este possa processar o recurso extraordinário.

20. Encerramento - São estas as observações que me pareceram mais importantes a respeito do tema.

Agradeço muito o convite de meu querido amigo, Professor Eduardo Domingos Bottallo. Agradeço a atenção e a paciência com que me ouviram, e me coloco à disposição para prestar qualquer esclarecimento.