

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade
do Estado do Rio de Janeiro – Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

(Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

Vol. V
(Arts. 476 a 565)

14ª edição
revista e atualizada



Rio de Janeiro
2008

No que entende, porém, com os recursos compreendidos nas disposições do inciso I e do inciso II, letra *a*, do art. 539, para os quais não se encontram, nos Capítulos II e III, normas relativas ao procedimento “no juízo de origem”, afigura-se enigmático o sentido da remissão. É manifesto que se têm de buscar alhures as regras aplicáveis; eventualmente, nos regimentos internos dos tribunais.

Quanto ao procedimento no grau superior, o texto remete aos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – respectivamente, é claro, para as hipóteses dos incisos I e II do art. 539. Ao contrário do que sucede no Supremo Tribunal Federal, cujo regimento interno silencia acerca do recurso ordinário, o do Superior Tribunal de Justiça contém disposições atinentes ao recurso ordinário em mandado de segurança (arts. 247 e 248), à apelação (arts. 249 a 251) e ao agravo de instrumento (arts. 253 e 254); vale a pena registrar que o tribunal optou por dar a denominação adequada (apelação) ao recurso ordinário previsto no art. 105, nº II, *c*, da Constituição Federal e no art. 539, nº II, *b*, do Código. A disciplina aí estatuída, todavia, não é exaustiva; tem de ser complementada, no que couber, com outras disposições regimentais (localizadas, *v.g.*, no Título III, “Das sessões”), com as disposições porventura ainda em vigor da Lei nº 8.038 e com as constantes do Capítulo VII deste Título do Código. Em qualquer caso, os textos regimentais precisam respeitar, sob pena de inconstitucionalidade, as “normas de processo” e as “garantias processuais das partes” (Carta da República, art. 96, nº I, *a*).

Seção II – Do recurso extraordinário e do recurso especial

316. Recurso extraordinário: breve esboço histórico – O recurso extraordinário é instituto de origem norte-americana.⁸ Nos Estados Unidos, porém, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto. A Constituição deu à Corte Suprema competência originária e competência recursal (*appellate jurisdiction*) no tocante a certas causas; mas, em matéria de recursos, só se referiu aos interpostos contra decisões dos órgãos judiciários inferiores da União. Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pela Corte Suprema de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos

8 Excelente esboço histórico do recurso extraordinário, no direito norte-americano, no argentino e no brasileiro (até o regime da Constituição de 1934), encontra-se em MATOS PEIXOTO, *Rec. extr.*, Capítulos IV a X.

tratados e das leis da União. Acoimou-se de inconstitucional, mais de uma vez, essa própria atribuição de competência, feita por lei ordinária; mas a Corte, através de duas decisões famosas, nos casos *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia*,⁹ deu por válida a norma.

Legislação posterior orientou-se no sentido de conferir à Corte Suprema, de modo explícito e em termos de crescente amplitude, o poder de reexaminar decisões dos Estados, quer por meio do *appeal* (denominação dada ao *writ of error* pelo novo *Judiciary Act* de 1925), quer do *writ of certiorari*. As hipóteses de cabimento de cada um desses dois remédios foram definidas em textos próprios (28 U.S.C., § 1.257, nºs 1 e 2 para o *appeal*, nº 3 para o *writ of certiorari*). Era em princípio obrigatório para a Corte o conhecimento do *appeal*, quando cabível, ao passo que, nos casos de *certiorari*, conforme a *Rule 17* (antes, 19) da Corte, a revisão do pronunciamento do tribunal estadual não seria “*a matter of right, but of sound judicial discretion*” (cf. a atual *Rule 10*). Firmou-se a necessidade, em regra, dos votos de quatro *Justices*, no mínimo, para o deferimento da *petition*, no sentido de conhecer-se da matéria. Interessante notar que havia superposições na fixação dos pressupostos de cabimento do *appeal* e do *certiorari*, de modo que, nalgumas hipóteses, tanto se podia tentar o acesso à Corte por uma via quanto por outra; o mais aconselhável, praticamente, aí, era utilizar o *appeal*, cujo conhecimento escapava ao juízo discricionário da Corte, ao menos na medida amplíssima em que ela o exercitava no tocante ao *certiorari*.¹⁰ Por outro lado, a escolha errônea do *appeal* não prejudicava necessariamente a parte: facultava-se à Corte conhecer do recurso como se se tratasse de uma *petition for writ of certiorari* (28 U.S.C., § 2.103).

Modificou-se a situação em 1988, por força da *Supreme Court Case Selections Act*, que restringiu drasticamente o uso do *appeal* como meio de provocar a revisão. Praticamente, remanesce apenas a via do *certiorari*, sujeita, como já se acentuou, à plena discricção da Suprema Corte.¹¹ Evolução semelhante experimentou o mecanismo previsto no § 1.254 para o reexame de decisões dos tribunais federais de segundo grau.

9 *Vide*, ao propósito, WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, vol. I, págs. 121/3; SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United States*, Parte I, *The Powers of Government*, vol. I, págs. 382/4; NOWAK – ROTUNDA, *Constitutional Law*, págs. 13 e segs.

10 Extensa informação sobre esses pontos em STERN e GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, págs. 154 e segs., 346 e segs.

11 Na vasta literatura pertinente, consultem-se, por exemplo, ABRAHAM, *The Judicial Process*, págs. 173 e segs., e BAUM, *The Supreme Court*, págs. 86 e segs.

– O instituto passara, no século XIX, ao direito argentino, com a Lei nº 27, de 1862, e mais nitidamente com a Lei nº 48, de 1863, em que o texto do art. 14 é quase a tradução da Secção 25 do primeiro *Judiciary Act*.¹² Refere-se o diploma aos casos em que “*podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincias*”. A prática e a legislação posterior é que deram a essa “apelação”, de características singulares, a denominação de “recurso extraordinário”.¹³ O *Código Procesal Civil y Comercial* em vigor dedicou-lhe a 4ª Secção do Capítulo IV (“*Rekursos*”) do Título IV do Livro I: eram apenas três artigos (256 a 258), sob a rubrica “*Apelación extraordinaria ante la Corte Suprema*”, remetendo o texto, salvo inovações em pontos secundários, ao da Lei nº 48. A Lei nº 23.774, de 5.4.1990, que modificou a redação dos arts. 280 e 285 do Código, trouxe importante inovação: atribuiu à Corte Suprema competência para, de acordo com sua “*sana discreción*”, repelir o recurso extraordinário “*por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*”. Aproximou-se o regime, assim, do adotado para o *certiorari* norte-americano.¹⁴

– No Brasil, por motivos de fácil apreensão, só com a República surgiria o instituto. Já a Constituição decretada pelo Governo Provisório, que não chegou a vigor, previa, no art. 58, § 1º, sob a inspiração do *Judiciary Act*, hipóteses em que caberia para o Supremo Tribunal Federal recurso contra as decisões de última instância das Justiças estaduais. No mesmo sentido dispôs o Dec. nº 848, de 11.10.1890, que organizou a Justiça federal, no seu art. 9º, parágrafo único. O remédio foi acolhido, depois, no art. 59, § 1º, da Constituição de 1891. A denominação de “recurso extraordinário”, porém, somente se lhe aplicou no primeiro Regimento Interno do Supremo Tribu-

12 Vide o respectivo confronto em SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, t. I, págs. 212/3.

13 PALACIO, *Der. Proc. Civ.*, t. V, pág. 152; *Manual de Derecho Procesal Civil*, pág. 606. Observe-se que a designação não é exclusiva do remédio a que alude o texto: a outros recursos, inclusive de âmbito provincial, também se chama “extraordinários”. Cf., além das obras supracitadas, págs. 213 e segs. e 619 e segs., respectivamente, AREAL – FENOCHIETTO, *Manual de Derecho Procesal*, t. II, págs. 653 e segs.; FENOCHIETTO – ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, págs. 899 e segs.; HITTERS, *Técnica de los rec. extr. y de la cas.*, págs. 489 e segs.

14 Vide, quanto à nova disciplina da matéria, PALACIO, *El recurso extraordinario federal*, págs. 22 e segs., 200 e segs.; MORELLO, *La nueva etapa del recurso extraordinario: el “certiorari”*, págs. 91 e segs.; *Actualidad del recurso extraordinario*, págs. 129 e segs., 333 e segs.

nal Federal, passando à Lei nº 221, de 20.11.1894, art. 24, ao Dec. nº 3.084, de 5.11.1898, Parte III, arts. 678, letra *d*, e 744, e a outros diplomas. Com a reforma constitucional de 1926, ampliaram-se as hipóteses de cabimento; uma das inovações, fadada a perdurar por muitos anos, foi a concessão do recurso com fundamento na divergência de interpretação da mesma lei federal por dois ou mais tribunais locais (art. 60, § 1º, letra *c*), caso em que ele poderia “ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República”. Tinha-se, destarte, um recurso extraordinário *ex officio*, com caráter *facultativo*.

Todas as subseqüentes Cartas da República, ao fixarem a competência da nossa mais alta Corte, trataram do recurso extraordinário, em termos que, até 1988, substancialmente não variaram muito (Constituição de 1934, art. 76, nº 2, III; de 1937, art. 101, nº III; de 1946, art. 101, nº III; de 1967, art. 114, nº III; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 119, nº III). Inovação interessante, mas de curta duração, foi a do Dec. nº 23.055, de 9.8.1933, art. 1º, que contemplou a figura do recurso extraordinário *ex officio*, já agora *obrigatório*, a ser interposto, em determinados casos, pelo Presidente do Tribunal local ou da Câmara julgadora. Na esteira da reforma de 1926, a Constituição de 1934, art. 76, parágrafo único, permitia a interposição do recurso também pelo Presidente do Tribunal local ou pelo Ministério Público, quando o fundamento fosse diversidade de interpretação da lei federal entre as Justiças estaduais, ou entre alguma delas e a Corte Suprema ou outro tribunal federal. As Cartas posteriores não reproduziram a norma.

317. Significado e função do recurso extraordinário – O recurso extraordinário do direito brasileiro não se assimila, nem jamais se assimilou, às figuras recursais a que se costuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa designação. Como já se explicou (*vide supra*, o comentário nº 142), em mais de um país rotulam-se de “extraordinários” os recursos interponíveis contra decisões já transitadas em julgado. Entre nós, ao contrário, a coisa julgada somente se forma quando a decisão não esteja sujeita a recurso algum (admissível!), sem exceção do extraordinário (art. 467, *fine*). A similitude da nomenclatura não deve induzir em erro o intérprete, que bem andarás em abster-se de transplantar para o sistema pátrio proposições encontradas na doutrina alienígena, mas formuladas com referência a recursos “extraordinários” que de comum com o nosso têm apenas o adjetivo, ou pouco mais.

A história do recurso extraordinário divide-se agora em duas fases nitidamente distintas: a anterior e a posterior à Constituição de 1988. Na pri-